

Die Problematik der Einheitstäterlösung

**Eine Untersuchung im Lichte der Reform des StGB und des
OWiG unter Berücksichtigung des italienischen und öster-
reichischen Strafrechts**

von

Klaus Detzer

aus

Neumarkt/Opf.

1972 # 204



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Die Problematik der Einheitstäterlösung

Eine Untersuchung im Lichte der Reform des StGB und des
OWiG unter Berücksichtigung des Italienischen und öster-
reichischen Strafrechts

Inaugural - Dissertation
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen-Nürnberg

vorgelegt
von
Klaus Detzer
aus
Neumarkt/Opf.

Die Problematik der Einheitslösung

Eine Untersuchung im Lichte der Kritik des BGS und des
OWO unter Berücksichtigung des Wandels und der
relativen Theorie

Verfasser: Dr. Georg Schwalm
Vollständiger Text
der Prüfungsausschuss
der Universität Leiden



Referent: Professor Dr. Georg Schwalm

Tag der mündlichen Prüfung: 4. Februar 1972

Inhalt:

Gliederung	S. III
Literaturverzeichnis	S. VII
Abkürzungsverzeichnis	S. XX
Ausländische Gesetzesquellen	S. XXIII
Einleitung	S. 1
A. Die traditionelle Regelung, die zwischen Täterschaft und Teilnahme unterscheidet	S. 8
I. Werden alle strafwürdigen Handlungen erfaßt (Lückenproblem)?	S. 8
1. Der Hintermann kennt alle erheblichen Umstände	S. 9
a) Bestehen Lücken, wenn der Ausführende unvorsätzlich handelt?	S. 9
b) Bestehen Lücken, wenn nur der Hintermann den erforderlichen unbedingten Vorsatz hat?	S. 16
c) Bestehen Lücken, wenn der Täter rechtmäßig handelt?	S. 17
d) Delikte mit besonderen Tätermerkmalen, bei denen der Infraneus schuldlos handelt	S. 21
e) Delikte mit mehreren besonderen Tätermerkmalen	S. 24
f) Die Lückenfrage bei den Delikten mit strafbegründenden Gesinnungsmerkmalen	S. 27
g) Die Lückenfrage bei den Unterlassungsdelikten	S. 32
2. Der Hintermann irrt	S. 37
a) Er nimmt Umstände an, die den Ausführenden straffrei stellen würden	S. 37
b) Der Hintermann verkennt Umstände, die das Handeln des Ausführenden straflos machen	S. 40

II. Die Abstufung der Strafraumen	S. 45
1. Die für die Strafwürdigkeit maßgeblichen Gesichtspunkte	S. 45
2. Die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Beihilfe	S. 48
a) Die bedeutendsten Abgrenzungstheorien	S. 48
b) Sind diese Abgrenzungstheorien strafwürdigkeitsgerecht?	S. 51
c) Erlauben diese Theorien eine präzise Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe?	S. 54
3. Sonstige Abgrenzungen	S. 59
B. Grundsätzliches zum Einheitstäterbegriff	S. 63
I. Das sachliche Anliegen des Einheitstäterbegriffs	S. 63
II. Die Begriffsmerkmale von Täterschaft und Teilnahme	S. 63
III. Wie verwirklicht man den Einheitstäterbegriff?	S. 68
IV. Die Wirkungsweise der Vorschriften über die Einheitstäterschaft	S. 69
1. Die Normen über die Einheitstäterschaft als Interpretationsvorschriften	S. 70
2. Die Normen über die Einheitstäterschaft als Zurechnungsvorschriften	S. 74
V. Terminologische Unstimmigkeiten, die das Verständnis des Einheitstäterbegriffes erschweren	S. 76
VI. Einheitstäterbegriff und Akzessorietät	S. 80
C. Kodifizierungen der Einheitstäterlösung	S. 88
I. Ist der Einheitstäterbegriff der Täterbegriff des österreichischen Strafgesetzentwurfs 1968 (öE 68)?	S. 89
1. § 11 öE 68	S. 90
2. Zur Gesetzestechnik der Einheitstäterlösung	S. 90
3. Weitere Indizien für die Verwirklichung der Einheitstäterschaft	S. 93
4. Verankert der öE 68 eine limitierte Akzessorietät?	S. 94
II. Ist der Einheitstäterbegriff der Täterbegriff des deutschen OWiG 1968	S. 97
1. Die gesetzestechnischen Schwierigkeiten des § 9 OWiG	S. 97

2. Die Analyse des § 9 OWiG	S. 102
3. Ergebnis	S. 111
III. Ist der Einheitstäterbegriff der Täterbegriff des italienischen StGB?	S. 112
1. Die deutsche Literatur sieht im c. p. i. den Einheitstäterbegriff verwirklicht	S. 112
2. Die Haltung der italienischen Literatur	S. 115
3. Die Haltung der italienischen Rspr.	S. 121
D. Die rechtstheoretischen Aspekte der Einheits-täterlösung	S. 131
I. Ist der Einheitstäterbegriff das Projekt eines überholten naturalistischen Straf-rechtsdenkens?	S. 131
II. Ist der Einheitstäterbegriff mit der finalen Handlungslehre vereinbar?	S. 135
III. Läßt sich der Einheitstäterbegriff rechts-dogmatisch konsequent durchführen?	S. 138
1. Versagt er bei den schlichten Tätigkeits-delikten?	S. 138
2. Versagt der Einheitstäterbegriff bei Son-derdelikten und eigenhändigen Verbrechen?	S. 142
IV. Einheitstäterbegriff und Handlungsunwert	S. 150
V. Der Systemdualismus der traditionellen Regelung der Beteiligung	S. 153
VI. Kann der Gesetzgeber Anstifter und Gehilfen zu Tätern umformen?	S. 155
E. Erfasst die Einheitstäterschaft alle, aber auch nur strafwürdige Handlungen?	S. 160
I. Der Begriff der Beteiligung	S. 160
1. Der rein kausale Begriff der Beteiligung	S. 160
2. Der Beteiligungsbegriff, der Doppelvor-satz verlangt	S. 163
3. Die "Beteiligung" als Bezugsbegriff	S. 165
II. Vermag die Einheitstäterlösung die derzeiti-gen Strafrechtslücken zu schließen?	S. 168
III. Führt die Einheitstäterlösung zu neuen Strafrechtslücken?	S. 177
1. Die sog. nichtkausale Beihilfe	S. 177
2. Delikte, deren Erfolge man als Allein-täter straflos herbeiführen darf	S. 180
IV. Führt eine konsequente Einheitstäterlösung zu einer unerträglichen Ausweitung der Ver-suchsstrafbarkeit?	S. 184

V. Die bisher straflose Beihilfe zu Übertretungen	S. 192
VI. Besteht sonstwie die Gefahr der Bestrafung nicht strafwürdiger Handlungen	S. 200
1. Fälle, in denen der Ausführende sich selbst schädigt	S. 200
2. Der Erbonkel- bzw. Gewitterfall	S. 204
3. Fälle der sog. notwendigen Teilnahme	S. 206
4. Eigenhändige Delikte	S. 209
5. Fälle, die nur bei vorsätzlichem Handeln des Qualifizierten strafwürdig sind	S. 210
F. Spezielle rechtspolitische Aspekte der Einheitstäterlösung	S. 213
I. Wird der Einheitstäterbegriff dem Art. 103 Abs. 2 GG gerecht?	S. 213
II. Eignet sich die Einheitstäterlösung für ein Schuldstrafrecht?	S. 221
III. Erlaubt die Einheitstäterlösung eine brauchbare Abstufung der Strafraumen?	S. 230
1. Geht es an, sämtliche Beteiligte demselben Strafraumen zu unterwerfen?	S. 230
2. Läßt sich mit dem Einheitstäterbegriff eine Differenzierung der Strafraumen vereinbaren?	S. 241
3. Welche Möglichkeiten für die Abstufung der Strafraumen eröffnet die Einheitstäterlösung?	S. 243
IV. Ist es bedenklich, daß die Unterscheidung zwischen Anstiftung und Veranlassung entfällt?	S. 258
V. Trägt die Einheitstäterlösung dazu bei, das Strafrecht unvolkstümlich zu machen?	S. 265
Ergebnisse	S. 272
Lebenslauf	

Literaturverzeichnis

(Die Unterstreichungen geben die im Text der Arbeit befolgte Zitierweise an.)

Ammann, Max: Die Problematik der Täterschaft im Strafrecht,
Diss. Zürich 1938

Antolisei, Francesco: Diritto penale, parte generale,
5. Auflage, Milano 1963

Antolisei, Francesco: Il rapporto di causalità nel diritto penale,
Padova 1934

Bähr, Heinz: Restriktiver oder extensiver Täterschaftsbegriff:
in StrAbh. 331 (1933)

Battaglini, Giulio: Diritto penale, parte generale,
3. Auflage, Padova 1949

Baumann, Jürgen: Strafrecht, Allgemeiner Teil,
5. Auflage, Bielefeld 1968

Baumann, Jürgen: Täterschaft und Teilnahme in:
JuS 1963/51 ff. 85 ff und 125 ff

Beling, Ernst: Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906

Beling, Ernst: Zur Lehre von der "Ausführung" strafbarer
Handlungen, in: ZStrW 28 (1908)/589 ff

Bettiol, Giuseppe: Diritto penale, parte generale,
7. Auflage, Padova 1969

Binding, Karl: Die drei Grundformen des verbrecherischen Sub-
jekts: der Täter, der Verursacher (Urheber), der Gehilfe:
in: Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen,
Bd. I S. 253 ff, München und Leipzig 1915

Birkmeyer, Karl: Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtspre-
chung des Deutschen Reichsgerichts, Berlin 1890

Blau, Günter: Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft
und Teilnahme im Strafrecht, in: Deutsche Beiträge S. 84 ff

Bockelmann, Paul: Strafrechtliche Untersuchungen, Göttingen 1957

Bockelmann, Paul: Die moderne Entwicklung der Begriffe Täter-
schaft und Teilnahme im Strafrecht, in: Deutsche Beiträge
S. 46 ff

- Bockelmann, Paul: Das strafrechtliche Risiko des Verkehrsteilnehmers, in: NJW 1960/1277 ff
- Bockelmann, Paul: Anmerkung zur Entscheidung des Reichsgerichts RGSt 75/112, in: DR 1941/987
- Bode, Hans-Jürgen: Recht der Ordnungswidrigkeiten, München 1969
- Bolwien, Theo: Ausdehnung des Täterbegriffs, Auswirkungen und Grenzen, Emschetten (Westfalen) 1938
- Booß, H.: Keine Schuldvermutung im Verkehrsstrafrecht!, in: NJW 1960/373
- Boscarelli, Marco: Appunti critici intorno alla concezione monistica del "concorso di persone nel reato", in: Giust.Pen. 1958 II 907 ff
- Buri, M. v.: Über die Kausalität und deren Verantwortung, Leipzig 1873
- Bruns, Hans-Jürgen: Strafzumessungsrecht, Allgemeiner Teil, Köln-Berlin-München 1967
- Bruns, Hermann: Kritik der Lehre vom Tatbestand, Bonn 1932
- Busch, Richard: Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre, Tübingen 1949
- Califano, Enrico: L' agente provocatore, Milano 1964
- Cavallo, Vincenzo: Diritto penale, parte generale, Bd. II, Napoli 1955
- Class, Wilhelm: Generalklauseln im Strafrecht, in: Festschrift für Eb. Schmidt S. 122 ff, Göttingen 1961
- Conrad, Gerhard: Die "akzessorische" Teilnahme und sog. mittelbare Täterschaft unter Berücksichtigung des Jugendgerichtsgesetzes, in: StrAbh. 334 (1937)
- Cramer, Peter: Die Beteiligung an einer Zuwiderhandlung nach § 9 OWiG, in: NJW 1969/1929 ff
- Cramer, Peter: Nochmals: Zum Einheitstäter im Ordnungswidrigkeitenrecht in: NJW 1970/1114 ff
- Cramer, Ulrich Freiherr v.: Gleichschaltung von Täterschaft und Teilnahme, in: StrAbh. 354 (1935)
- Dahm, Georg: Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme, in: NJW 1949/809 ff
- Dahm, Georg: Anmerkung zur Entscheidung des OLG Stuttgart MDR 1959/508, in: MDR 1959/508 ff

- Dahm, Georg: Der Tätertyp im Strafrecht, Leipzig 1940
- Dahm, Georg: Täterschaft und Teilnahme im Amtlichen Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs, in: StrAbh. 224 (1927)
- Dannert, Gerhard: Die finale Handlungslehre Welzels im Spiegel der italienischen Strafrechtsdogmatik, Göttingen 1963
- Dell' Andro, Renato: La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale, Milano 1956
- Dietz, Wolfgang: Täterschaft und Teilnahme, in: Mat. I Bd. II S. 329 ff
- Dietz, Wolfgang: Täterschaft und Teilnahme im ausländischen Strafrecht, Bonn 1957
- Dohnanyi, Hans v.: Täterschaft und Teilnahme, Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission, in: Das kommende deutsche Strafrecht, 2. Auflage 1935, herausgegeben von Franz Gürtner
- Dreher, Eduard: Strafgesetzbuch, 31. Auflage, München 1970
- Dreher, Eduard: Plädoyer für den Einheitstäter im Ordnungswidrigkeitenrecht, in: NJW 1970/217 ff
- Dreher, Eduard: Nochmals: Zum Einheitstäter im Ordnungswidrigkeitenrecht, in: NJW 1970/1116
- Dreher, Eduard: Der Einheitstäter im Ordnungswidrigkeitenrecht, Schlußwort, in: NJW 1971/121
- Dreher - Lackner - Schwalm: Wehrstrafgesetzbuch, München und Berlin 1958
- Ellger: Der weite Täterbegriff im kommenden deutschen Strafrecht, in: DJ 1935/216 ff
- Engisch, Karl: Der finale Handlungsbegriff, in: Festschrift für Kohlrausch S. 141 ff, Berlin 1944
- Engisch, Karl: Zur "Natur der Sache" im Strafrecht, in: Festschrift für Eb. Schmidt S. 90 ff, Göttingen 1961
- Engisch, Karl: Besprechung von Armin Kaufmann: Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, in: JZ 1962/189 ff
- Finger, August: Strafrecht, Teil XII, Berlin 1932
- Flegenheimer, Eugen: Das Problem des "dolosen Werkzeugs", in: StrAbh. 164 (1913)
- Foinitzki, Joh.: Die strafrechtliche Doktrin der Teilnahme, in: ZStrW 12 (1892)/55 ff

- Frank, Reinhard v.: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Auflage, Tübingen 1931
- Franzheim, Horst: Die Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat, Berlin 1961
- Frosali, Raul A.: Sistema penale italiano, Bd. III, Torino 1958
- Frühauf, Martin: Eigenhändige Delikte, Diss. Frankfurt 1959
- Fuchs, Jürgen: Anmerkung zum Urteil des BayObLG NJW 1967/361, in: NJW 1967/739 ff
- Gabrieli, Francesco: L' orientamento dei concetti di autore dell' infrazione e di partecipazione all' infrazione, in: Arch.pen. 1957 I 89 ff
- Gallas, Wilhelm: Täterschaft und Teilnahme, in: Mat. I S. 121 ff
- Gallas, Wilhelm: Täterschaft und Teilnahme, in: Nschr. Bd. 2 S. 67 ff
- Gallas, Wilhelm: Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht, in: Deutsche Beiträge S. 3 ff
- Gallas, Wilhelm: Beiträge zur Verbrechenslehre, Berlin 1968
- Gallas, Wilhelm: Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, in: ZStrW 67 (1955)/1 ff
- Geerds, Friedrich: Besprechung von Roxin: Täterschaft und Tatherrschaft, in: GA 1965/216 ff
- Gerland, Heinrich: Deutsches Reichsstrafrecht, 2. Auflage, Berlin und Leipzig 1932
- Getz, B.: Gutachten in den Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung, Bd. 5 (1896) S. 348 ff
- Goehler, Erich: Ordnungswidrigkeitengesetz, München 1968
- Goetzeler, Richard: Der Ideengehalt des extensiven (intellektuellen) Täterbegriffs und seine Auswirkungen, in: SJZ 1949/837 ff
- Grau, Fritz: Weiter Täterbegriff und Willensstrafrecht, in: DJ 1935/294 ff
- Grünhut: Grenzen strafbarer Täterschaft und Teilnahme, in: JW 1932/366 ff
- Grünwald, Gerald: Die Beteiligung durch Unterlassen, in: GA 1959/110 ff

- Hardwig, Werner: Die Gesinnungsmerkmale im Strafrecht,
in: ZStrW 68 (1956)/14 ff
- Hardwig, Werner: Zur Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe,
in: GA 1954/353 ff
- Hegler: Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft, in: Die Reichs-
gerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Bd. 5 S. 305 ff,
Berlin und Leipzig 1929
- Heinitz, Ernst: Gedanken über Täter- und Teilnehmerschuld im
Deutschen und Italienischen Strafrecht, in: Festschrift
der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin
zum 41. Deutschen Juristentag, S. 93 ff,
Berlin und Frankfurt a. M. 1955
- Heinitz, Ernst: Besprechung von Maurach: Deutsches Strafrecht,
in: JR 1957/78 ff
- Heinitz, Ernst: Franz v. Liszt als Dogmatiker, in:
ZStrW 81 (1969)/572 ff
- Heimberger, Joseph: Bericht über die Behandlung der Teilnahme
am Verbrechen, in: Mitteilungen der Internationalen
Kriminalistischen Vereinigung, Bd. 11 (1904) S. 524 ff
- Hippel, Robert v.: Deutsches Strafrecht, Bd. 2: Das Ver-
brechen, Allgemeine Lehren, Berlin 1930
- Hogrefe, Max: Sollen die bisher verschiedenen Formen der Tat-
beteiligung (Allein- und Mittäterschaft, mittelbare
Täterschaft, Anstiftung, Beihilfe) in einem einheitlichen
Begriff der Mitwirkung an strafbaren Handlungen aufgehen,
und wie könnte das bejahendenfalls geschehen?, in:
Festschrift für Josef Cüppers S. 71 ff, Essen 1955
- Jescheck, Hans-Heinrich: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner
Teil, Berlin 1969
- Jescheck, Hans-Heinrich: Anstiftung, Gehilfenschaft und Mit-
täterschaft im deutschen Strafrecht, in:
SchwZStr 71 (1956)/225 ff
- Jescheck - Goldmann: Die Behandlung der unechten Unterlassungs-
delikte im deutschen und ausländischen Strafrecht, in:
ZStrW 77 (1965)/109 ff
- Kadeřka, Ferdinand: Gesammelte Aufsätze, Innsbruck 1959
- Kantorowicz, Hermann: Der Strafgesetzentwurf und die Wissen-
schaft, in: MSchrKrim Bd. 7 (1910/1911) S. 257 ff
- Kaufmann, Armin: Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte,
Göttingen 1959

Kaufmann, Armin: Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf, in:
ZStrW 80 (1968)/34 ff

Arthur Kaufmann - Hassemer: Der praktische Fall, in:
JuS 1964/151 ff

Kienapfel, Diethelm: Der Einheitstäter im Strafrecht,
Frankfurt a.M. 1971

Kienapfel, Diethelm: "Beteiligung" und "Teilnahme". Zum Verhältnis vom OWiG zum StGB, in: NJW 1970/1826 ff

Kienapfel, Diethelm: Der Einheitstäter im Ordnungswidrigkeitenrecht, in: NJW 1971/123

Klee, Karl: Täterschaft, in: DJ 1935/178 ff

Kleinknecht, Theodor: Strafprozeßordnung, 29. Auflage,
München 1970

Kohlrausch - Lange: Strafgesetzbuch, 43. Auflage, Berlin 1961

Lackner, Karl: Der Strafrechtsteil des Gesetzes zur Sicherung des Straßenverkehrs, in: MDR 1953/73 ff

Lackner - Maassen: Strafgesetzbuch mit Erläuterungen,
5. Auflage, München und Berlin 1969

Lampe, Ernst-Joachim: Negative Tätermerkmale, in: GA 1959/367 ff

Lampe, Ernst-Joachim: Über den Begriff und die Formen der Teilnahme am Verbrechen, in: ZStrW 77 (1965)/262 ff

Lange, Richard: Der moderne Täterbegriff und der deutsche Strafgesetzentwurf, Berlin und Leipzig 1935

Lange, Richard: Der Täterbegriff im Willensstrafrecht, in:
DJ 1936/687 ff

Lange, Richard: Die Schuld des Teilnehmers, insbesondere bei Tötungs- und Wirtschaftsverbrechen, in: JR 1949/165

Latagliata, Angelo Raffaele: Concorso di persone nel reato, in:
Enciclopedia del diritto, Bd. VIII S. 568 ff.,
Milano 1961

Latagliata, Angelo Raffaele: I principî del concorso di persone nel reato, 2. Auflage, Napoli 1964

Leipziger Kommentar: 8. Auflage, Berlin 1957 und 1958,
bearbeitet von Jagusch, Mezger, Schaefer und Werner
9. Auflage, hrsgg. von Paulheinz Baldus und Günther Willms (im Erscheinen begriffen)

Leone, Giovanni: Elementi di diritto e procedura penale,
Napoli 1966

Less, Günter: Der Unrechtscharakter der Anstiftung, in:
ZStrW 69 (1957)/43 ff

Less, Günter: Gibt es strafbare mittelbare Täterschaft, wenn
der Tatmittler rechtmäßig handelt?, in: JZ 1951/550 ff

Liszt, Franz v.: Lehrbuch des deutschen Strafrechts,
21./22. Auflage, Berlin 1919

v. Liszt - Schmidt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts,
26. Auflage, Berlin und Leipzig 1932

Lony, Fritz: Extensiver oder restriktiver Täterbegriff, in:
StrAbh. 344 (1934)

Lüderssen, Klaus: Zum Strafgrund der Teilnahme, Baden-Baden 1967

Maggiore, Giuseppe: Diritto penale, parte generale,
5. Auflage, Bologna 1951

Malanuik, Wilhelm: Lehrbuch des Strafrechts, Bd. I:
Allgemeine Lehren, Wien 1947

Manzini, Vincenzo: Trattato di diritto penale,
4. Auflage, Torino 1961

Maunz - Dürig: Grundgesetz, Kommentierung zu Art. 103 GG nach
dem Stand der 3. Lieferung, München 1960

Maurach, Reinhard: Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil,
3. Auflage, Karlsruhe 1965, und Besonderer Teil,
5. Auflage, Karlsruhe 1969

Mayer, Hellmuth: Strafrecht, Allgemeiner Teil,
Stuttgart und Köln 1953

Mayer, Hellmuth: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Berlin 1967

Mayer, Hellmuth: Täterschaft, Teilnahme, Urheberschaft, in:
Festschrift für Rittler, S. 243 ff, Aalen 1957

Merle - Vitu: Traité de droit criminel, Paris 1967

Mezger, Edmund: Strafrecht, Ein Lehrbuch, 3. Auflage,
Berlin und München 1949

Mezger, Edmund: Strafrecht, Ein Studienbuch, Allgemeiner Teil,
9. Auflage, München und Berlin 1960

Mezger, Edmund: Strafzweck und Strafzumessungsregeln, in:
Mat. I S. 1 ff

Mezger, Edmund: Mittelbare Täterschaft und rechtswidriges
Handeln, in: ZStrW 52 (1932)/529 ff

Mezger - Blei: Strafrecht, Ein Studienbuch, Allgemeiner Teil, 13. Auflage, München und Berlin 1968, und Besonderer Teil, 9. Auflage, München und Berlin 1968

Meier, Hans: Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Frankfurt 1968

Moos, Reinhard: Der Verbrechensbegriff in Österreich im 18. und 19. Jahrhundert, Bonn 1968

Müller, Heinz Ludwig: Strafflose Teilnahme des Vortäters an der Begünstigung, in: GA 1958/334 ff

Musotto, Giovanni: Corso di diritto penale, parte generale, Palermo 1960

Nagler, Johannes: Die Problematik der Begehung durch Unterlassung, in: GS 111 (1938) 1 ff

Nicoladoni, Alexander: Der Einfluß der neueren strafrechtlichen Anschauungen auf die gesetzgeberische Behandlung des Versuchs und der Teilnahme, in: Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung, Bd. 5 (1896) S. 336 ff

Niese, Werner: Streik und Strafrecht, Tübingen 1954

Niethammer, Emil: Sinn und Wirkung des § 50 StGB, in: DRZ 1946/167 ff

Noack, Erwin: Täterschaft und Teilnahme, Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen, in: DR 1934/50 ff

Noll, Peter: Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe im besonderen die Einwilligung des Verletzten, Basel 1955

Noll, Peter: Zur Gesetzestechnik des Entwurfs eines Strafgesetzbuches, in: JZ 1963/297 ff

Nowakowski, Friedrich: Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen, Graz, Wien und Köln 1955

Nowakowski, Friedrich: Tatherrschaft und Täterwille, in: JZ 1956/545 ff

Nowakowski, Friedrich: Bemerkungen zu Rittlers Strafrechtslehren - eine Buchbesprechung, in: ÖJZ 1955/549

Nowakowski, Friedrich: Die Erscheinungsformen des Verbrechens im Spiegel der Verbrechensauffassungen, in: ÖJZ 1953/596

Nuvolone, Pietro: Corso di diritto penale, parte generale, Milano 1966

- Ordeig, Enrique Gimbernat: Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre in: ZStrW 80 (1968)/915 ff
- Pannain, Remo: Manuale di diritto penale, parte generale, 4. Auflage, Torino 1967
- Pecoraro - Albani, A.: Il concorso di persone nel reato, Milano 1961
- Pedrazzi, Cesare: Il concorso di persone nel reato, Palermo 1952
- Perten, Paul: Die Beihilfe zum Verbrechen, in: StrAbh. 198 (1918)
- Petters - Preisendanz: Strafgesetzbuch, 26. Auflage, Berlin 1970
- Pioletti, Ugo: Manuale di diritto penale, parte generale, 2. Auflage, Napoli 1969
- Piotet, Paul: Systematik der Verbrechenselemente und Teilnahmelehre, in: ZStrW 69 (1957)/14 ff
- Pisapia, Gian D.: Istituzioni di diritto penale, 2. Auflage, Padova 1970
- Radbruch, Gustav: Rechtsphilosophie, 5. Auflage, Stuttgart 1956
- Ranieri, Silvio: Manuale di diritto penale, parte generale, 4. Auflage, Padova 1968
- Rebmann - Roth - Hermann: Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Stand der 2. Lieferung vom September 1969, Köln 1969
- Rietzsch, Otto: Willensstrafrecht, Versuch und Teilnahme, in: DJ 1943/309 ff
- Rittler, Theodor: Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, Bd. I: Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Wien 1954 und Bd. II: Besonderer Teil, 2. Auflage, Wien 1962
- Roeder, Hermann: Die Erscheinungsformen des Verbrechens im Spiegel der subjektiven und objektiven Strafrechtstheorie, Wien 1953
- Roeder, Hermann: Exklusiver Täterbegriff und Mitwirkung am Sonderdelikt, in: ZStrW 69 (1957)/223 ff
- Roeder, Hermann: Der Allgemeine Teil des österreichischen Strafgesetzentwurfes, Wien 1965
- Rotberg, Hans Eberhard: Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 4. Auflage, Berlin und Frankfurt a. M. 1969
- Roxin, Claus: Täterschaft und Tatherrschaft, 2. Auflage, Hamburg 1967

- Sahm, Ulrich: Täterschaft und Teilnahme im norwegischen Strafrecht und in der deutschen Strafrechtsreform, Diss. Freiburg i. Br. 1941
- Salama, Mamoun: Il concorso di più persone nel reato, Roma 1964
- Santamaria, Dario: Prospettive del concetto finalistico di azione, Napoli 1955
- Santaniello, Giuseppe: Manuale di diritto penale, 2. Auflage, Milano 1961
- Santoro, Arturo: Manuale di diritto penale, Bd. I, Torino 1958
- Sauer, Wilhelm: Allgemeine Strafrechtslehre, 3. Auflage, Berlin 1955
- Sax, Walter: Der Bundesgerichtshof und die Täterlehre, in: JZ 1963/329 ff
- Schäfer, Karl: Täterschaft und Teilnahme, in: Nschr. Bd. 2 S. 75 ff
- Schmidhäuser, Eberhard: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Tübingen 1970
- Schmidhäuser, Eberhard: Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, Tübingen 1958
- Schmidt, Eberhard: Die mittelbare Täterschaft, in: Frank-Festgabe, Bd. 2 S. 106 ff, Tübingen 1930
- Schmidt, Eberhard: Der Arzt im Strafrecht, Leipzig 1939
- Schmidt, Eberhard: Anmerkung zum Urteil des OGH SJZ 1949/ 347, in: SJZ 1949/559 ff
- Schmidt, Eberhard: Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, Tübingen 1950
- Schmidt - Lechner: Verkehrsstrafrecht ohne Schuld festgestellt!?, in: NJW 1960/996 ff
- Schmitt, Carl: Über die drei Arten rechtswissenschaftlichen Denkens, Hamburg 1934
- Schneider, Hannelies: Die Grenzen der mittelbaren Täterschaft, Diss. Marburg 1965
- Schnyder, Oskar: Täterschaft und Teilnahme bei den Sonderdelikten des Schweizerischen StGB, Diss. Zürich 1962
- Schönke - Schröder: Strafgesetzbuch, Kommentar, 15. Auflage, München 1970

Schröder, Horst: Der Täterbegriff als "technisches" Problem,
in: ZStrW 57 (1938)/459 ff

Schroeder, Friedrich-Christian: Der Täter hinter dem Täter,
Berlin 1965

Schroeder, Friedrich-Christian: Täterschaft und Teilnahme bei
eigenhändiger Tatbestandsverwirklichung, in: ROW 1964/97 ff

Schwalm, Georg: Täterschaft und Teilnahme, in:
Nschr. Bd. 2 S. 88 ff und 115 ff

Schwalm, Georg: Anmerkung zu BGH MDR 1955/369, in:
MDR 1955/371 ff

Schwalm, Georg: Zu einigen ungelösten Strafrechtsproblemen
(Heilbehandlung, Täterschaft, Mitwirkung bei fremder
Selbsttötung), in: Engisch-Festschrift S. 548 ff,
Frankfurt a. M. 1969

Schwalm, Georg: Schuld und Schuldfähigkeit im Lichte der Straf-
rechtsreformgesetze vom 25. 6. und 4. 7. 1969, des Grund-
gesetzes und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsge-
richts, in: JZ 1970/487 ff

Schwalm, Georg: Besprechung von Carl Schmitt, Gesetz und
Urteil, 2. unveränderte Auflage, in: GA 1970/383 ff

Schwander, Vital: Das Schweizerische Strafgesetzbuch,
2. Auflage, Zürich 1964

Schweikert, Heinrich: Die Wandlungen der Tatbestandslehre
seit Beling, Karlsruhe 1957

Schultz, Hans: Täterschaft und Teilnahme im modernen schweize-
rischen Strafrecht, in: SchwZStr. 71 (1956)/244 ff

Siniscalco, Mario: Profili di teoria generale del reato in
relazione al concorso di persone nel reato, Milano 1956

Strathenwerth, Günther: Zur Funktion strafrechtlicher Ge-
sinnungsmerkmale, in: Festschrift für H. v. Weber S. 171 ff,
Bonn 1963

Strathenwerth, Günther: Der agent provocateur, in:
MDR 1953/717 ff

Strathenwerth, Günther: Entwicklungstendenzen in der neueren
deutschen Strafrechtsdogmatik, in: Juristen-Jahrbuch
Bd. 2 (1961/62) S. 195 ff

Stree, Walter: Deliktsfolgen und Grundgesetz. Zur Verfassungs-
mäßigkeit der Strafen und sonstigen strafrechtlichen Maß-
nahmen, Tübingen 1960

Stree, Walter: Teilnahme am Unterlassungsdelikt, in:
GA 1963/1 ff

Sturm: Täterschaft und Teilnahme, in: Sonderausschuß S. 1647
und 1821 ff

Tröndle, Herbert: Zur Frage der Teilnahme an unvorsätzlicher
Haupttat, in: GA 1956/129 ff

Tröndle, Herbert: Grundlagen der Ahndung (§§ 5-10 EOWiG),
maschinenschriftliches unveröffentlichtes Manuskript
eines Vortrages, gehalten auf der Tagung des Deutschen
Richterbundes in Kaufbeuren 1965

Uthmann, Jörg v.: Der Urheber des Verbrechens, Diss. München 1963

Uthmann, Jörg v.: Objektive und subjektive Tatherrschaft,
in: NJW 1961/1908 ff

Vannini, Ottorino: Manuale di diritto penale, parte generale,
erweiterte und erneuerte Auflage, Firenze 1954

Wachenfeld, Friedrich: Mittelbare Täterschaft und doloses
Werkzeug, in: ZStrW 40 (1919)/30 ff, 129 ff und 321 ff

Warda, Günther: Zur gesetzlichen Regelung des vermeidbaren
Verbotsirrtums, in: ZStrW 71 (1959)/252 ff

Weber, Hellmuth v.: Grundriß des deutschen Strafrechts,
2. Auflage, Bonn 1948

Welzel, Hans: Das Deutsche Strafrecht, 11. Auflage, Berlin 1969

Welzel, Hans: Das Deutsche Strafrecht, 8. Auflage, Berlin 1963

Welzel, Hans: Wie würde sich die finalistische Lehre auf den
Allgemeinen Teil eines neuen Strafgesetzbuches aus-
wirken?, in: Mat. I S. 45 ff

Welzel, Hans: Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht,
Mannheim 1935

Welzel, Hans: Um die finale Handlungslehre, Tübingen 1949

Welzel, Hans: Zur Kritik der subjektiven Teilnahmelehre, in:
SJZ 1947/645 ff

Wieners, Wolfgang: Veranlassung und Untersützung zum Selbst-
mord, Diss. Bonn 1959

Wimmer, August: Die Ahndung von Ordnungswidrigkeiten und der
Schuldvorwurf, in: NJW 1960/1545 ff

Würtenberger, Thomas: Die geistige Situation der deutschen
Strafrechtswissenschaft, Karlsruhe 1957

Zimmerl, Leopold: Grundsätzliches zur Teilnahmelehre, in:
ZStrW 49 (1929)/39 ff

Zimmerl, Leopold: Vom Sinn der Teilnahmevorschriften, in:
ZStrW 52 (1932)/166 ff

Zimmerl, Leopold: Täterschaft, Teilnahme, Mitwirkung, in:
ZStrW 54 (1935)/575 ff

Abkürzungsverzeichnis

(Dieses Verzeichnis enthält die weniger geläufigen Abkürzungen, ibs. solche des ausländischen Rechts. Im übrigen wird hinsichtlich der Abkürzungen auf das Abkürzungsverzeichnis von Schönke-Schröder Bezug genommen. Paragraphen ohne nähere Kennzeichnung sind solche des geltenden StGB vom 15. 5. 1871 i. d. F. des 3. StrRG vom 20. 5. 1970, sofern sich nicht aus dem Sachzusammenhang etwas anderes ergibt.)

AE	Alternativentwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, 1966
AE, BT-Sexualdelikte	Alternativentwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, Sexualdelikte usw., 1968
Arch. pen.	Archivio penale (Zeitschrift)
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts in Strafsachen
Cass.	Entscheidung des italienischen Kassationsgerichtshofs in Strafsachen
Cass. pen.	Cassazione penale, Massimario annotato (Zeitschrift)
c. nav.	codice della navigazione (Schiffahrtsgesetz)
c. p. f.	code pénal francais (französisches StGB)
c. p. i.	codice penale italiano (italienisches StGB)
Deutsche Beiträge	Deutsche Beiträge zum VII. Internationalen Strafrechtskongreß in Athen vom 26. 9. - 2. 10. 1957, Sonderheft der ZStrW 69 (1957)
E Ferri	Entwurf Ferri (Progetto preliminare di codice penale italiano, libro I, 1921)
Giur. compl.	Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione, Sezioni penali (Zeitschrift)
Giur. it.	Giurisprudenza italiana (Zeitschrift)
Giust. Pen.	La Giustizia Penale (Zeitschrift)

iE 1949	italienischer Ministerialentwurf 1949 (Progetto preliminare del codice penale, Libro primo, 1949)
iE 1956	Modifikationsentwurf des italienischen Justizministeriums 1956 (Progetto preli- minare di modificazioni al codice penale 1956)
iE 1968	Modifikationsentwurf des italienischen Justizministeriums 1968 (Camera dei deputati Nr. 688, Disegno di legge, presentato dal ministero di grazia e giustizia, Riforma del codice penale, Seduta del 11 novembre 1968)
EvBl.	Evidenzblatt der Rechtsmittelentschei- dungen (erscheint in der ÖJZ)
KH	Entscheidungen des k. k. Obersten Ge- richts als Kassationshof (Österreich)
m.	massima (Urteilsleitsatz)
Mass.	Massimario delle decisioni penali (offizielle Sammlung der Leitsätze von Urteilen des italienischen Kassations- gerichtshofs in Strafsachen)
Nschr.	Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission
öE 64	Entwurf eines Strafgesetzbuches samt Erläuterungen, AT und BT 1964 (öster- reichischer Ministerialentwurf 1964)
öE 68	Regierungsvorlage eines StGB samt er- läuternden Bemerkungen, 1968, Steno- graphische Protokolle des Nationalrats, Beilagen GP 11, 706 (österreichischer Regierungsentwurf 1968)
öE 71	österreichischer Strafgesetzentwurf 1971 (noch nicht veröffentlicht, vgl. S. 89)
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
öOGH	Österreichischer Oberster Gerichtshof
öOGH - Gutachten	Gutachten des Obersten Gerichtshofs, zum Entwurf eines Strafgesetzbuches 1964, Allgemeiner Teil, Wien 1965
öProtokolle	Protokolle der österreichischen Straf- rechtskommission, 1. Lesung, 9. Arbeits- sitzung, 1955

öProtokolle, 2. Lesung	Protokolle der österreichischen Strafrechtskommission, 2. Lesung, 4. Arbeits-sitzung, 1961
öStG	österreichisches Strafgesetz
Preußische Denk-schrift	Nationalsozialistisches Strafrecht, Denkschrift des Preußischen Justiz-ministers, Berlin 1933
Relazione zum c. p. i.	Amtliche Begründung zum geltenden italienischen StGB (Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale, Volume V, Relazione sul Libro I del Progetto, 1929)
Riv. it. dir. proc. pen.	Rivista italiana di diritto e procedura penale (Zeitschrift)
Riv. pen.	Rivista penale (Zeitschrift)
schwStGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
SchwZStr	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
Sonderausschuß	Deutscher Bundestag, 5. Wahlperiode, Sonderausschuß für die Strafrechtsreform
SSst	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Strafsachen und Disziplinarangelegenheiten

Ausländische Gesetzesquellen

I. Das italienische Strafgesetzbuch

1. Auszug aus dem Originaltext

Capo III

Del concorso di persone nel reato.

110. (Pena per coloro che concorrono nel reato). - Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti.

111. (Determinazione al reato di persona non imputabile o non punibile). - Chi ha determinato a commettere un reato una persona non imputabile, ovvero non punibile a cagione di una condizione o qualità personale, risponde del reato da questa commesso; e la pena è aumentata.

112. (Circostanze aggravanti). - La pena da infliggere per il reato commesso è aumentata:

1. se il numero delle persone, che sono concorse nel reato, è di cinque o più, salvo che la legge disponga altrimenti;
2. per chi, anche fuori dei casi preveduti dal due numeri seguenti, ha promosso od organizzato la cooperazione nel reato, ovvero diretto l'attività delle persone che sono concorse nel reato medesimo;
3. per chi, nell'esercizio della sua autorità, direzione o vigilanza, ha determinato a commettere il reato persone ad esso soggette;

4. per chi, fuori del caso preveduto dall'articolo precedente, ha determinato a commettere il reato un minore degli anni diciotto, o una persona in stato d'infermità o di deficienza psichica.

Gli aggravamenti di pena stabiliti nei numeri 1°, 2° e 3° di questo articolo si applicano anche se taluno dei partecipi al fatto non è imputabile o non è punibile.

114. (Circostanze attenuanti). - Il giudice, qualora ritenga che l'opera prestata da taluna delle persone che sono concorse nel reato a norma degli articoli 110 e 113 abbia avuto minima importanza nella preparazione o nell'esecuzione del reato, può diminuire la pena.

Tale disposizione non si applica nei casi indicati nell'articolo 112.

La pena può altresì essere diminuita per chi è stato determinato a commettere il reato o a cooperare nel reato, quando concorrono le condizioni stabilite nei numeri 3° e 4° dell'articolo 112.

2. Übersetzung

(nach Riz, Roland: Das italienische Strafgesetzbuch, Sammlung Außerdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung Nr. 90, Berlin 1969)

Kapitel III

Teilnahme mehrerer Personen an der strafbaren Handlung.

Art. 110. (Strafe für die Teilnehmer an der strafbaren Handlung.) - Nehmen mehrere Personen an derselben strafbaren Handlung teil, so unterliegt jede von ihnen der für diese angedrohten Strafe, vorbehaltlich der Bestimmungen der folgenden Artikel.

Art. 111. (Bestimmung einer nicht zurechnungsfähigen oder nicht strafbaren Person zu einer strafbaren Handlung.) - Wer eine nicht zurechnungsfähige oder infolge persönlicher Verhältnisse oder Eigenschaften nicht strafbare Person zur Begehung einer strafbaren Handlung bestimmt, ist für die von dieser Person begangene Handlung verantwortlich; die Strafe wird erhöht.

Art. 112. (Erschwerende Umstände.) - Die für die strafbare Handlung zu verhängende Strafe wird erhöht:

1. wenn die Zahl der Teilnehmer an der strafbaren Handlung fünf oder mehr beträgt, sofern nicht das Gesetz etwas anderes bestimmt;
2. für denjenigen, der, auch abgesehen von den Fällen der beiden folgenden Ziffern, die Mitwirkung an der strafbaren Handlung veranlaßt oder organisiert oder die Tätigkeit der Teilnehmer an derselben strafbaren Handlung geleitet hat;
3. für denjenigen, der in Ausübung seiner Gewalt-, Leitungs- oder Aufsichtsbefugnisse ihm untergebene Personen zur Begehung der strafbaren Handlung bestimmt hat;
4. für denjenigen, der, abgesehen von dem Fall des vorhergehenden Artikels, einen Minderjährigen unter achtzehn Jahren oder eine geisteskranke oder geistesschwache Person zur Begehung der strafbaren Handlung bestimmt hat.

Die Strafschärfungen der Ziffern 1, 2 und 3 dieses Artikels werden auch angewendet, wenn einer der Teilnehmer an der strafbaren Handlung nicht zurechnungsfähig oder nicht strafbar ist.

Art. 114. (Mildernde Umstände.) - Gelangt der Richter zu der Überzeugung, daß der Beitrag einer Person, die gemäß Artikel 110 und 113 Teilnehmer an der strafbaren Handlung ist, nur geringe Bedeutung für die Vorbereitung oder die

Ausführung der strafbaren Handlung gehabt hat, so kann er die Strafe mindern.

Diese Bestimmung wird in den Fällen des Artikels 112 nicht angewendet.

Die Strafe kann auch für denjenigen gemindert werden, der zur Begehung oder Mitwirkung an der strafbaren Handlung bestimmt worden ist, wenn die Voraussetzungen des Artikels 112 Ziffern 3 und 4 gegeben sind.

II. Entwurf eines österreichischen Strafgesetzbuches 1968 (öE 68)

Behandlung aller Beteiligten als Täter

§ 11.⁺ Nicht nur der unmittelbare Täter begeht die strafbare Handlung, sondern auch jeder, der einen anderen dazu bestimmt, sie auszuführen, oder der sonst zu ihrer Ausführung beiträgt.

Selbständige Strafbarkeit aller Beteiligten

§ 12. Waren an der Tat mehrere beteiligt, so ist jeder von ihnen nach seiner Schuld zu bestrafen.

Eigenschaften und Verhältnisse des Täters

§ 13. (1) Macht das Gesetz die Strafbarkeit, die Straflosigkeit oder die Höhe der Strafe von besonderen persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen des Täters abhängig, die das Unrecht der Tat betreffen, so ist das Gesetz auf alle Beteiligten anzuwenden, wenn diese Eigenschaften oder Verhältnisse auch nur bei einem von ihnen vorliegen.

(2) Betreffen die besonderen persönlichen Eigenschaften oder Verhältnisse hingegen ausschließlich die Schuld, so ist das Gesetz nur auf die Beteiligten anzuwenden, bei denen diese Eigenschaften oder Verhältnisse vorliegen.

§ 11 öE 68 ist genau identisch mit § 12 öE 71 (vgl. S. 89)

Strafbarkeit des Versuches

§ 14. (1) Die Strafdrohungen gegen vorsätzliches Handeln gelten nicht nur für die vollendete Tat, sondern auch für den Versuch und für jede Beteiligung an einem Versuch.

(2) Die Tat ist versucht, sobald der Täter seinen Entschluß, sie auszuführen oder einen anderen dazu zu bestimmen (§ 11), durch eine Handlung betätigt, die schon unmittelbar zur wirklichen Ausübung dieses Entschlusses gehört.

Einleitung
=====

1. Zum aktuellen Anlaß der Arbeit

Bei der Beteiligung mehrerer Personen am Verbrechen unterscheidet man nach den §§ 47 ff StGB zwischen Täterschaft, Anstiftung und Beihilfe. Trotz großer Anstrengungen in Literatur und Rspr. ist es aber bis heute nicht gelungen, diese Beteiligungsformen in befriedigender Weise voneinander abzugrenzen. Schon im Jahre 1910 klagte Kantorowicz, daß die Lehre von der Beteiligung das dunkelste und verworrendste Kapitel der deutschen Strafrechtswissenschaft sei¹. Seitdem ist dieses Wort immer wieder aufgegriffen worden².

Angesichts dieser Schwierigkeiten mit den §§ 47 ff ist es nicht verwunderlich, daß schon um die Jahrhundertwende der Ruf laut wurde, die Differenzierung zwischen Täterschaft und Teilnahme zugunsten eines sämtliche Beteiligungsformen umfassenden Täterbegriffs (Einheitstäterbegriff³) aufzugeben. In den damaligen Strafgesetzentwürfen fand dieser Ruf allerdings keine Berücksichtigung. Erst in den Jahren nach 1933 schien es dann so, als hätte der Einheitstäterbegriff Aussicht auf gesetzliche Verwirklichung. Schließlich beließ man es im E 1935 aber doch bei der Unterscheidung von Täterschaft und Teilnahme.

Bei der im Jahre 1954 aufgenommenen Strafrechtsreform wurden wiederum viele Klagen über den desolaten Zustand der Teilnahmelehre geführt. Schwalm gab der Großen Strafrechtskommission daher zu bedenken, ob man mit der bis-

1) MschrKrim Bd. 7 (1910) S. 306

2) Binding, Abhandlungen (1915) S. 253; Zimmerl ZStrW 49 (1929)/39 und Lange Nschr. Bd. 2 S. 96 (1955).

3) Die Bezeichnung "Einheitstäterbegriff" ist erst verhältnismäßig jungen Datums. Früher sprach man meist von "Urheberschaft", später dann - wie auch heute noch im Ausland - vom "extensiven Täterbegriff". Zur Terminologie vgl. ibs. S. 64 Anm. 3

herigen Regelung der Beteiligung nicht endlich Schluß machen und zur Einheitstäterlösung übergehen sollte¹. Damit stieß er jedoch ibs. bei den Theoretikern in der Kommission auf heftigen Widerspruch. Als dann auch der Versuch einer Formulierung der Einheitstäterlösung nicht gleich auf Anhieb glückte, ließ man diesen Gedanken sofort fallen. Wenn wir nunmehr in die §§ 25 ff des 2. StrRG hineinschauen, dann blickt uns im wesentlichen das geltende Recht an². Von einer Reform des Teilnahme-rechts wird man kaum reden können.

Es ist daher eigentlich sehr erstaunlich, daß sich der Gesetzgeber des OWiG 1968 dazu entschlossen hat, die herkömmliche Differenzierung zwischen Täterschaft und Teilnahme aufzugeben und im Ordnungswidrigkeitenrecht den Einheitstäterbegriff zu verankern. Wir stehen demnach vor der Tatsache, daß man sich bei der Reform des Strafrechts und des Ordnungswidrigkeitenrechts für zwei einander entgegengesetzte Lösungen entschieden hat. Das ist umso erstaunlicher, als beide Reformgesetze zur selben Zeit ausgearbeitet worden sind. Schon ist deshalb der Verdacht ausgesprochen worden, daß im Gesetzgebungsverfahren die eine Hand offenbar nicht wisse, was die andere tue³. Es erscheint deshalb als eine reizvolle Aufgabe, die Einheitstäterlösung mit einem Blick auf diese beiden Reformen etwas genauer zu untersuchen.

Das gilt umso mehr, als die meisten Abhandlungen über den Einheitstäterbegriff im Hinblick auf die nationalsozialistische Strafrechtsreform abgefaßt sind und außerdem alle

1) Nschr. Bd. 2 S. 90 ff. Vgl. ferner Schwalm, Festschrift für Engisch S. 551 ff

2) Diesen Satz, mit dem Armin Kaufmann in der ZStrW 80 (1968)/36 ursprünglich die Teilnahmeregelungen des E 62 und des AE charakterisierte, wird man getrost auf die §§ 25 ff des 2. StrRG übertragen können.

3) Cramer NJW 1969/1930 Sp. 2

nur kursorischen Charakter besitzen¹. In der neueren Strafrechtsliteratur beschäftigt man sich mit der Einheitstäterlösung nur sehr wenig. Symptomatisch für diese Tendenz ist Roxins Monographie "Täterschaft und Tatherrschaft". Diese bei weitem umfangreichste Schrift zum Thema der Beteiligung - sie hat in ihrer zweiten Auflage 630 Seiten - verwendet auf die Erörterung der Einheitstäterlösung nicht einmal eine ganze Seite². Soweit sich das neuere Schrifttum, insb. die führenden Lehrbücher, überhaupt mit dem Einheitstäterbegriff befaßt, übernimmt es meist ohne nähere Begründung den Standpunkt von Gallas, den dieser in seinem Gutachten zur Strafrechtsreform dargelegt hat³. Dieses Gutachten ist es daher, mit dem sich die vorliegende Arbeit in besonderer Weise auseinanderzusetzen hat.

2. Zu Art und Umfang der Untersuchung

Wenn man bei einem Rechtsinstitut - wie der Beteiligung mehrerer am Verbrechen - eine de lege ferenda bestehende Lösungsmöglichkeit prüfen will, so drängt sich die Frage auf, welchen Zwecken dieses Institut dient. Es ist eigentlich verwunderlich, wie selten man sich diese Frage stellt; denn erst wenn man sich im klaren darüber ist, welchen Zwecken ein Rechtsinstitut entsprechen muß, kann man erörtern, welche Anforderungen an die zur Auswahl stehenden Lösungsmöglichkeiten zu stellen sind. Soweit man sich aber die Frage nach dem Zweck der Beteiligungsvorschriften tatsächlich stellt, herrscht über das Ergebnis Einigkeit. Die Normen über die Beteiligung dienen dazu:

- a) die Bestrafung aller Beteiligten zu gewährleisten, deren Handlungen strafwürdig sind;

1) So insb. die Schriften von Bähr, Bolwien, v. Cramer, Ellger, Grau und Lony. Die Arbeit von v. Cramer (StrAbh. Heft 354) ist dabei noch die ausführlichste.

2) S. 451

3) Mat. I S. 121 ff, insb. S. 141-145; vgl. auch Nschr. Bd. 2 S. 67 ff. Neue Ansätze finden sich allerdings in der jüngst erschienenen, leider nur sehr knappen Schrift Kienapfels "Der Einheitstäter im Strafrecht".

- b) die Strafraumen zu differenzieren, falls es gesetzgeberisch opportun erscheint, nicht sämtliche der vom Gesetz erfaßten Beteiligten demselben Strafraumen zu unterstellen¹.

Demzufolge wird in der vorliegenden Arbeit zunächst erörtert, wie die herkömmliche Regelung der Beteiligung diesen beiden Zwecken gerecht zu werden vermag. Unter A I wird also geprüft, ob sie genau den Bereich der strafwürdigen Handlungen erfaßt. Dabei kann zugleich gezeigt werden, wie es um die Einfachheit, Klarheit und Folgerichtigkeit dieser Lösung steht.

In A II ist die Abstufung der Strafraumen bei der Beteiligung dargestellt. Hierbei steht die fakultative Strafmilderung für die Beihilfe im Vordergrund. Vor allem sie ist es, die zu einer Differenzierung der Teilnahmeformen zwingt. Jeder Kundige weiß, daß die Abgrenzung zwischen der Beihilfe und den anderen Beteiligungsformen, insb. der Täterschaft, zu den leidigen Fragen der herkömmlichen Teilnahmeregelung zählt. Dieses Dilemma nährt den Zweifel, ob denn die Strafmilderungsmöglichkeit für die Beihilfe den ganzen Aufwand der Differenzierung überhaupt rechtfertigt. Noch ist die Differenzierung auch wegen der Strafflosigkeit der Beihilfe bei Übertretungen nötig. Für das künftige StGB kommt dem aber bereits keine Bedeutung mehr zu, da die Übertretungen wegfallen. Angesichts dieser Umstände erscheint vielen die Einheitstäterschaft als die einfachere, klarere und ehrlichere Lösung. Nun hat allerdings der Gesetzgeber bei den Delikten mit strafbegründenden besonderen persönlichen Merkmalen in § 50 Abs. 2 n.F. für die extranen Teilnehmer eine obligatorische Strafmilderung vorgesehen. Es ist deshalb zu überlegen, ob nicht diese Neuerung dazu zwingt, die Differenzierung der Beteiligungsformen beizubehalten.

1) Zimmerl ZStrW 49 (1929)/45 und 46; Perten StrAbh. 198/1; Pedrazzi S. 1, 104, 114/115 und 120; Siniscalco S. 444 Sp. 1; Vannini S. 219

Der Schwerpunkt der Arbeit liegt jedoch bei der Untersuchung der Einheitstäterlösung. Hier werden unter B zuerst die theoretischen Grundlagen erarbeitet. In E und F III ist dargestellt, wie die Einheitstäterlösung der speziellen Aufgabe der Beteiligungsvorschriften, der möglichst genauen Erfassung aller strafwürdigen Handlungen und einer eventuellen Abstufung der Strafraumen, gerecht zu werden vermag. Da die vorliegende Arbeit im Hinblick auf die Reform des StGB und des OWiG konzipiert ist, wird unter D und F erörtert, ob die Einheitstäterschaft den rechtstheoretischen und rechtspolitischen Anforderungen unserer Zeit genügt. Diese Punkte bedürfen vor allem deshalb einer eingehenden Prüfung, weil die Einheitstäterlösung gerade hier zahlreichen, aber meist nicht eingehend begründeten Einwänden ausgesetzt ist.

Bei der Abhandlung der Einheitstäterlösung verweist man auch gerne auf die Regelung des geltenden italienischen Codice penale und auf die österreichischen Strafgesetzentwürfe und beurteilt von daher die theoretische und praktische Brauchbarkeit dieser Lösung. Deshalb werden diese Kodifikationen in C I und C III genauer unter die Lupe genommen; auch sonst lassen sich dem italienischen und österreichischen Recht einige interessante Aspekte entnehmen. Daß in einer Dissertation über die Einheitstäterlösung § 9 des neuen OWiG zu den Kernpunkten der Untersuchung zählt, versteht sich von selbst. Er ist unter C II dargestellt.

3. Sprachgebrauch

Um der Klarheit willen sei der Arbeit ein Hinweis auf den Sprachgebrauch vorangestellt. Das erscheint u. a. deshalb vonnöten, weil § 50 n.F. gewisse begriffliche Neuerungen gebracht hat, die Arbeit aber noch vielfach auf Literatur zurückgreift, die vor 1968 erschienen ist. Bei diesem Hinweis kann auch kurz der Rechtszustand aufgezeigt werden, der sich auf Grund dieser Änderung ergibt. Einige alte

Streitfragen sind damit überholt.

a) Bei manchen Delikten können Täter nur Personen sein, die besondere Merkmale aufweisen. Hierbei sind zunächst die Delikte zu nennen, die eine gewisse "Sondereigenschaft" verlangen, wie z. B. die Eigenschaft als Beamter bei den §§ 331 ff oder die Soldateneigenschaft bei den Straftaten des WStG. Ferner gibt es Delikte, bei denen Täter nur jemand sein kann, der die Ausführungshandlung ganz oder teilweise eigenhändig vornimmt. Und bei manchen Delikten muß der Täter ein gewisses "subjektives Unrechtselement" oder "subjektive Unrechtsabsicht" haben, wie etwa die Zueignungsabsicht bei § 242. Diese besonderen Merkmale werden im folgenden als "besondere Tätermerkmale" bezeichnet; wer diese Merkmale aufweist, heißt "Träger der besonderen Tätermerkmale", "Intra-neus" oder "Qualifizierter".

Diese "besonderen Tätermerkmale" sind nicht ganz mit dem Begriff der "besonderen persönlichen Merkmale" identisch, den § 50 n. F. eingeführt hat. Dieser Begriff umfaßt nunmehr neben den Sondereigenschaften und dem Merkmal der Eigenhändigkeit auch sämtliche Gesinnungsmerkmale mit der Folge, daß in den Fällen des § 50 Abs. 2 die Strafe extraner Teilnehmer zu mildern ist. Inwieweit subjektive Unrechtselemente besondere persönliche Merkmale sind, ist umstritten. Überwiegend wird dies zur Zeit danach beurteilt, ob es sich dabei um täter- oder tatbezogene Merkmale handelt¹. Die Einzelfragen sind hier nicht weiter zu verfolgen.

b) Die faktische Stellung der in den Beispielsfällen genannten Personen wird durch ihre Bezeichnung charakterisiert. So ist A stets diejenige Person, welche die Ausführungshandlung des Delikts ganz oder teilweise eigenhändig vornimmt.

1) Siehe Busch in Leipz. Komm. (9. Aufl.), Anm. 17 und 18, sowie die dort zitierte Literatur

Dabei ist es ohne Bedeutung, ob A auch die Tatherrschaft (animus auctoris) oder die eventuell sonst erforderlichen besonderen Tätermerkmale hat.

H ist der Hintermann, d.h. derjenige, der die Ausführungshandlung nicht selbst vornimmt, sondern nur irgendwie auf A einwirkt. Welche Beteiligungsform für H de lege lata in Frage käme, spielt dabei keine Rolle. Dagegen sind mit den als T bezeichneten Personen immer Täter i.S. des geltenden Rechts gemeint. Beteiligte, die für den konkreten Fall nicht weiter interessieren, heißen X, Y oder Z.

A. Die traditionelle Regelung, die zwischen Täter-
schaft und Teilnahme unterscheidet

I. Werden alle strafwürdigen Handlungen erfaßt
(Lückenproblem)?

Es besteht keine Gefahr, daß die herkömmliche Regelung der Beteiligung zu einer Pönalisierung nicht strafwürdiger Handlungen führt¹. Ein gutes Strafgesetz zeigt sich aber nicht nur darin, daß es nur strafwürdige Fälle erfaßt, sondern auch darin, daß es die strafwürdigen Fälle möglichst vollständig trifft. Und hier sind die Stimmen nie leise geworden, die dem geltenden StGB unerträgliche Lücken nachsagen. Fälle, in denen das künftige StGB Verbesserungen bringt, werden im folgenden speziell hervorgehoben werden.

Um diese Lückenfälle aufzuspüren, suche man sich all die Strafbarkeitsmängel in der Person des Ausführenden heraus, welche die Bestrafung eines Hintermannes als Teilnehmer unmöglich machen. Kann der Hintermann auch nicht als mittelbarer Täter erfaßt werden, so liegt eine Lücke vor, wenn der Fall strafwürdig ist.

Aus Gründen der Praktikabilität werden zunächst diejenigen Fälle abgehandelt, in denen der Hintermann alle erheblichen Umstände richtig einschätzt; anschließend folgen unter A I 2 Irrtumsfälle.

1) Die Befürchtungen Maurachs bezüglich seines Bergsteigerfalles (AT S. 611/612) sind unbegründet. Der dortige Teilnehmer geht zwar nicht wegen § 54, aber wegen eines übergesetzlichen Schuldaußschließungsgrundes straflos aus (vgl. Welzel, Strafrecht S. 185 und Roxin S. 155).

In dem von Niethammer (DRZ 1948/169) berichteten Fall einer Brandstiftung ist allerdings die teilnehmende Magd de lege lata strafbar. § 35 Abs. 1 des 2. StRG wird aber in Zukunft den adäquaten Freispruch garantieren.

1. Der Hintermann kennt alle erheblichen Umstände

- a) Bestehen Lücken, wenn der Ausführende unvorsätzlich handelt?

Handelt der Ausführende ohne Vorsatz, so kann der vorsätzlich handelnde Hintermann nach h. L.¹ und nach den §§ 26 und 27 des 2. StRG nicht als Teilnehmer erfaßt werden, weil die Teilnahme danach eine vorsätzliche Haupttat voraussetzt. Lücken bestehen daher bei sämtlichen strafwürdigen Fällen, in denen auch eine Ahndung wegen mittelbarer Täterschaft nicht möglich ist, weil

- aa) der Hintermann nicht die strafbegründende Sondereigenschaft² hat.

Auf einer vielbefahrenen Straße wird A in einen Unfall verwickelt und hält deshalb an. Sein Beifahrer H, der als Unfallbeteiligter nicht in Frage kommt, steigt aus und verhandelt mit dem anderen Unfallbeteiligten, dem X. Schließlich kehrt H zum Auto des A zurück und erklärt diesem, die Angelegenheit sei erledigt. A glaubt das und fährt ab. In Wahrheit hatte sich H mit dem A nur darüber geeinigt, die Straße zu räumen und zwecks Klärung des Unfalles auf den nächsten Parkplatz zu fahren. H kann weder als mittelbarer Täter noch als Teilnehmer einer Unfallflucht bestraft werden.

-
- 1) Eine ausführliche Darstellung des Meinungsstandes findet sich bei Baumann, Strafrecht S. 568.
- 2) Wegen der Begriffshandhabung bei den besonderen Tätermerkmalen und ihrem Zusammenhang mit § 50 n.F. darf hier und für die übrigen der unter A I 1 gebrachten Fälle auf Punkt 3 der Einleitung verwiesen werden.

Der Fall ist jedoch strafwürdig. Seit BGHSt 8/236 ist es allgemein anerkannt, daß § 142 dazu dient, Unfallbeteiligte am Unfallort zurückzuhalten, damit die Unfallgeschädigten zur Durchsetzung eventueller Schadensersatzansprüche Feststellungen treffen können. Diese Möglichkeit hat H dem X vereitelt. Bei dieser Fallgruppe treten demnach Lücken auf¹.

bb) der Hintermann nicht die strafbegründende Unrechtsabsicht hat.

In der schlechten Zeit nach dem Kriege erklärt der Flüchtlingsbetreuer H seinem Schützling A, er könne sich mit Erlaubnis der Forstverwaltung das im Walde liegende Holz aneignen. Der Flüchtling holt das Holz ab. Auch wenn eine solche Erlaubnis tatsächlich nicht vorlag und der Fiskus hierdurch um sein Eigentum kommt, kann man H mangels eigener Zueignungsabsicht nicht als mittelbaren Täter strafen. Das ist selbst dann nicht möglich, wenn man mit Maurach² die Zueignungsabsicht entgegen h.L.³ jedem zuspricht, der sich den Gewahrsam über die Sache verschafft. Mag H auch die Tatherrschaft über den Gewahrsamsbruch gehabt haben, in eigenen Gewahrsam nahm H das Holz jedenfalls nicht.

Diese und ähnliche Lückenfälle lassen sich jedoch vermeiden, wenn man es wie § 235 E 62 für die Strafbarkeit als Täter genügen läßt, daß jemand die Sache sich oder einem anderen

1) Der Versuch des OLG Stuttgart (JZ 1959/579), durch die Annahme eines bloßen Verbotsirrtum seitens des A in diesem Falle doch noch zu einer Bestrafung des H als Teilnehmer zu gelangen, ist - wie Roxin S. 369 Anm. 45 feststellt - einhellig abgelehnt worden.

2) AT S. 541; ebenso Roxin S. 341/342

3) Schönke-Schröder, Anm. 26 vor § 47; Welzel, Strafrecht S. 104; Baumann JuS 1963/95

zueignet. Danach wäre H als mittelbarer Täter eines Diebstahls zu bestrafen, der sich des A als eines gutgläubigen Tatmittlers bediente.

cc) das Delikt nur eigenhändig begehrbar ist.

In neuerer Zeit sind wieder Stimmen laut geworden, die die Existenz eigenhändiger Delikte überhaupt leugnen¹. Da nach dieser Auffassung - von den gesetzlich geregelten §§ 160 und 271 abgesehen - jedes Delikt in mittelbarer Täterschaft begehrbar ist, gäbe es demnach keine Gefahr irgendwelcher Lücken.

Nach h.L. gibt es jedoch eigenhändige Delikte. Streitig ist nur, welche Straftaten hierzu zählen und wie diese Delikte aufzufinden sind². Für einen sehr gewichtigen Teil der Meinungen ist der Buchstabe des jeweiligen Tatbestandes entscheidend³. So ergibt sich für BGHSt 15/132, 133 aus dem "Wortlaut des Gesetzes", daß nur derjenige eine Frau schänden kann, der den Beischlaf selbst vollzieht. Folgt man dieser Wortlauttheorie⁴, wonach ein eigenhändiges Delikt immer dann vorliegt, wenn nur die persönliche Vornahme der Ausführungshandlung unter den Gesetzes-

1) Frühauf S. 1; Roeder ZStrW 69 (1957)/250; ähnlich auch Piotet ZStrW 69 (1957)/39, 40 und Latagliata, I principî S. 284; früher schon Eb. Schmidt, Frank-Festgabe Bd. 2 S. 119, 120 und 129

2) Eine ganze Reihe von Schriftstellern verzichten überhaupt auf jede materielle Begründung der Eigenhändigkeit, so ibs. Baumann, Strafrecht S. 118; Dreher Anm. B II 4 b vor § 1, 1 B vor § 47, 1 A zu § 47; Petters-Preisendanz S. 8; Mezger-Blei AT S. 59 und Schwander S. 139, 140.

3) So vor allem die Rspr. (BGHSt 6/226, 227; OLG Celle NJW 1961/1079); H. Mayer, Strafrecht 1953, S. 309; weitere Nachweise bei Roxin S. 403 Anm. 18, 20, 21, 22, 23 und 24.

4) Die Bezeichnung stammt von Frühauf S. 116 und wurde von Roxin S. 403 übernommen.

wortlaut subsumiert werden kann, so ergeben sich durchaus Lücken: Der Hintermann, der den Beischläfer über die Willenlosigkeit der Geschändeten täuscht, greift das Rechtsgut des § 176 Abs. 1 Nr. 2 - die freie geschlechtliche Selbstbestimmung der Frau¹ - ebenso an wie derjenige, der den Beischlaf selbst vollzieht.

Ein anderer Teil der Meinungen² zählt zu den eigenhändigen Delikten alle schlichten Tätigkeitsverbrechen (K ö r p e r b e w e g u n g s t h e o r i e)³. Ist ein Tatbestand nicht auf einen über die Handlung hinausgehenden Erfolg zugeschnitten, sondern nur auf ein sich in bestimmten Körperbewegungen erschöpfendes Verhalten, so kann nach dieser Auffassung nur derjenige den Unwert des Delikts realisieren, der das Delikt eigenhändig ausführt. - Auch diese Theorie führt zu Lücken. Das Fahren auf der linken Straßenseite (§ 24 StVG i. V. m. § 2 Abs. 2 S. 1 StVO) z. B. ist ein reines Tätigkeitsdelikt. Gleichwohl sollte man auch denjenigen verfolgen können, der einen anderen durch falsche Auskunft zum Befahren der linken Straßenseite veranlaßt. Das Linksfahren an und für sich ist nämlich nichts Unwertiges. In Großbritannien herrscht heute noch Linksverkehr, und auch bei uns gibt es Verkehrssituationen, in denen die linke Straßenseite einzuhalten ist (§ 9 Abs. 1 S. 2 StVO). Die Sozialwidrigkeit des Linksfahrens ergibt sich erst dadurch, daß die Nichteinhaltung des § 2 Abs. 2 S. 1 StVO die Gefahr von Verkehrsstörungen und Unfällen heraufbeschwört. Für diese Gefahren aber ist es belanglos, ob jemand das Steuer selbst führt oder gutgläubige Dritte zum Falschfahren veranlaßt.

1) Amtl. Begr. z. E 62, S. 362 Sp. 2; Lackner-Maassen, Anm. 1 zu § 176

2) In diese Richtung tendieren ibs. Welzel, Maurach und Lange (zit. bei Roxin S. 400 und 401), aber auch v. Weber S. 67 und OGHSt 1/304.

3) Die Bezeichnung stammt von Roxin S. 405.

Eine dritte Meinung endlich erklärt all die Delikte zu eigenhändigen Verbrechen, bei denen der Strafgrund allein in der nur persönlich zu verwirklichenden, sittlich verwerflichen Fehlhaltung oder Fehlhandlung des Ausführenden liegt, so daß ein Veranlasser unvorsätzlicher Haupttat das spezifisch Wertwidrige überhaupt nicht zu erreichen vermag¹.

Bei dieser Theorie des personalen Fehlverhaltens kann es keine Lückenfälle geben. In den strafwürdigen Fällen nämlich, in denen der Hintermann den Unwert des Delikts zu erreichen vermag, handelt es sich nicht mehr um ein eigenhändiges Delikt, so daß der Hintermann als mittelbarer Täter bestraft werden kann.

dd) der Hintermann nicht die Tatherrschaft bzw. den animus auctoris besitzt.

Zum Teil wird angenommen, daß es derartige Fälle überhaupt nicht geben könne². Es fragt sich aber, ob es nicht doch vorkommt, daß der Hintermann trotz des unvorsätzlichen Handelns des Ausführenden keine Tatherrschaft (animus auctoris) hat. Hierbei ist vor allem an Fälle zu denken, in denen der Hintermann praktisch ohne Einfluß auf die Tat ist.

-
- 1) Roxin S. 411/412; Mezger in Leipz. Komm., Anm. 1 a zu § 47; Lackner-Maassen, Anm. 2 b aa vor § 47. Weitgehend überholt ist heute die Theorie, wonach ein eigenhändiges Delikt dann vorliegt, wenn nur die persönliche Vornahme "den intensiv rechtswidrigen Willen, dessen Bezeugung das Gesetz verlangt" (RGSt 24/26, 28), offenbart. Diese Lehre - von Roxin S. 409 Intensitätstheorie genannt - wird auch von H. Mayer (Strafrecht 1953, S. 309), Beling (Die Lehre, S. 238) und Hegler (S. 314 Anm. 35) vertreten. Zu Lücken würde sie nicht führen, weil es an der Strafwürdigkeit des Hintermanns fehlt, wenn sich der vom Gesetz verlangte strafwürdige Wille nur in der eigenhändigen Ausführung zeigt.
- 2) Welzel, Strafrecht S. 113; Roxin S. 178 und Gallas Mat. I S. 138 (vorsichtiger aber in: Deutsche Beiträge S. 20 Anm. 18; a.A. Nowakowski JZ 1956/549 Sp. 2 m. w. Nachw.)

H, der den X im Krankenhaus besucht, sieht zu, wie die Schwester A 25 Tropfen eines Medikaments in ein Glas träufelt. Er erkennt, daß A das Medikament verwechselt hat und dabei ist, dem X ein tödliches Quantum Medizin zu verabreichen. Als A dem X gerade die Medizin geben will, läutet die Stationsglocke. Die A setzt das Glas ab, drückt es schnell dem H in die Hand und schaut zur Türe hinaus. Dann kommt sie zurück, nimmt dem H das Glas wieder ab und gibt es dem X zu trinken. X stirbt daraufhin.

Es kann in der Tat zweifelhaft sein, ob man hier von einer Tatherrschaft (animus auctoris) des H sprechen kann. Das liegt aber daran, daß in dem Beispielsfall die Kausalität des H für den Tod des X fraglich sein könnte, weil H gleichsam nur als Abstellvorrichtung für das Glas fungierte. Bejaht man aber, daß das Halten des Glases für den Tod des X kausal war, weil hierfür schon die Kausalität für den ganz konkreten, zum Tode führenden Geschehensablauf genügt, dann hatte H die Tatherrschaft, weil er das Halten des Glases beherrschte und somit wegen der Unvorsätzlichkeit der A den weiteren Fortgang der Tat. Wenn man dagegen die Kausalität des H für den Tod verneinen wollte, dann verbindet H nichts mit dem Tod des X. Es wäre daher auch nicht angebracht, dem H den Tod des X gemäß §§ 211 ff anzulasten¹. Lückenfälle wird es daher nicht geben.

ee) Wie ist es, wenn der Ausführende unvorsätzlich handelt, der Hintermann aber das besondere Tätermerkmal hat?

Bei dieser Fallgestaltung treten nach heute kaum mehr bestrittener Auffassung auch dann keine Lücken auf, wenn der Träger des besonderen Tätermerkmals die Ausführungshandlung nicht eigenhändig vornimmt. Man bestraft nämlich den

1) Auch Roxin S. 178 meint, daß die Lösung dieser Fälle eine Frage der Kausalität sei.
Die Frage einer Strafbarkeit nach § 330 c ist hier nicht weiter zu verfolgen.

Hintermann als mittelbaren Täter¹. Über die Täter-eigenschaft entscheidet somit letztlich nicht mehr das Handlungselement, sondern der Besitz des besonderen persönlichen Merkmals. Die allgemeine Tendenz gibt etwa Gallas wieder, wenn er schreibt: "Der Qualifizierte ist zwar nicht Herr über die Person des Handelnden, wohl aber über die Tat als Ganzes, weil der Charakter als Delikt von der Qualifikation abhängt, die er mitbringt"².

Man spürt, daß die "Tatherrschaft" des Intraneus hier anders beschaffen ist als sonst. Welzel³ spricht in diesem Zusammenhang denn auch nur von "sozialer Herrschaft"; Maurach⁴ und Mezger-Blei vermeiden den Begriff Tatherrschaft gänzlich. Man geht daher wohl nicht fehl, wenn man zu dem Schluß gelangt, daß die Tatherrschaft und damit die Täterschaft in diesen Fällen nicht materiell, sondern "formal - negativ"⁵ gewonnen wird; denn sie wird nur "aushilfsweise angenommen, um das unerwünschte Ergebnis der Straflosigkeit zu vermeiden"⁶. Roxin versucht

-
- 1) Welzel, Strafrecht S. 104; Mezger-Blei AT S. 262; Maurach AT S. 540/541; Gallas Mat. I S. 136; Roxin S. 360; Baumann, Strafrecht S. 558/559; Schwander S. 424 - 426.
Straflosigkeit des Hintermannes nahmen an: Beling ZStrW 28 (1908)/600 - 602; Flegenheimer StrAbh. 164 (1913)/46 und 52, 53; Gerland S. 119 und Wachenfeld ZStrW 40 (1919)/144 und 355.
 - 2) Mat. I S. 136. Gegen diese Begründung hat schon Nowakowski (JZ 1956/549 Sp. 2) eingewandt, "es würden hierbei verschiedene Bewertungsaspekte miteinander vermengt". Roxin S. 255 und Wieners S. 72 nennen sie einfach eine petitio principii.
 - 3) Welzel, Strafrecht S. 104.
 - 4) Noch in der 1. Auflage seines AT S. 509 hatte er geschrieben: "Der in der Handlung des Vordermannes enthaltene Defekt läßt die Tatherrschaft des Hintermanns deutlich werden".
 - 5) Schroeder, Der Täter S. 67.
 - 6) Nowakowski JZ 1956/549 Sp. 2. Wieners S. 73 plädiert dafür, die Täterschaft des Intraneus durch Gesetz klarzustellen. So noch § 28 Abs. 2 E 1956.

denn auch gar nicht erst, das Problem durch eine Strapazierung des Tatherrschaftsbegriffs zu meistern. Er stellt fest, daß ein Abheben auf die Tatherrschaft zur Straflosigkeit des Hintermannes führen müßte. Weil das aber "der Gesetzgeber unmöglich gewollt haben" kann, kommt er zu dem Schluß, daß die Verursachung des Erfolges zur Täterschaft des Intraneus ausreichen muß¹.

b) Bestehen Lücken, wenn nur der Hintermann den erforderlichen unbedingten Vorsatz hat?

A will einen alten Freund besuchen, der auf Anordnung des Strafrichters in einer Trinkerheilanstalt untergebracht ist. Als H von diesem Vorhaben des A erfährt, erzählt er dem A, wie rigoros man mit dem Untergebrachten umgehe; A solle ihm doch eine Flasche Schnaps mitbringen. Daraufhin steckt A dem Untergebrachten bei seinem Besuch eine Flasche Schnaps zu. Wir wollen nun davon ausgehen, daß H den Grund des Anstaltsaufenthalts genau kannte, während A es lediglich billigend in Kauf nahm, daß sich der Untergebrachte nicht freiwillig in der Anstalt befand.

Als mittelbaren Täter eines Verstoßes gegen § 330 b wird man H nicht strafen können, da ihm die Tatherrschaft bzw. der animus auctoris gefehlt haben wird. Da A immerhin bedingten Vorsatz gehabt hat, ist die Verschaffung des Schnapses an den zwangsweise Untergebrachten das Werk des A und nicht das Werk des H. - Viel näher liegt es schon, H als Anstifter zu fassen. Der subjektive Tatbestand des § 330 b verlangt allerdings die positive Kenntnis von der Unfreiwilligkeit des Anstaltsaufenthalts². Diese sichere Kenntnis hat in dem Beispielsfall allerdings nur H. A dagegen besitzt lediglich den für

1) Roxin S. 361

2) H. M.: Schönke-Schröder, Anm. 4; Dreher, Anm. 2; Lackner-Maassen zu § 330 b; Maurach BT S. 5/6; Welzel, Strafrecht S. 71; a.A. Werner in Leipz. Komm., Anm. V zu § 330 b.

§ 330 b nach h.L. unzureichenden dolus eventualis. Da aber die Teilnahme bei Delikten, bei denen unbedingter Vorsatz erforderlich ist, nur dann geahndet werden kann, wenn der gesteigerte Vorsatz beim Täter vorliegt¹, kann H auch nicht als Teilnehmer erfaßt werden, obwohl er selbst den von § 330 b verlangten unbedingten Vorsatz hat. H geht somit straflos aus. Wir stehen demnach vor einer Lücke, wenn das Verhalten des H als strafwürdig zu erachten ist.

§ 330 b soll verhindern, daß unfreiwillige Entziehungskuren dadurch gefährdet werden, daß Süchtige durch Dritte in den Besitz berauschender Mittel gelangen. Gegen diesen Gesetzeszweck verstößt daher derjenige, der hinsichtlich der Unfreiwilligkeit des Anstaltsaufenthaltes nur mit Eventualdolus handelt, ebenso wie derjenige, der unbedingten Vorsatz hat. Wenn § 330 b bei dolus eventualis gleichwohl keine Strafe androht, so muß das darauf zurückzuführen sein, daß die Verletzung des Rechtsguts nach Auffassung des Gesetzgebers erst dann Strafe erheischt, wenn ein gesteigerter Vorsatz gegeben ist. Da H gegen die ratio legis verstoßen hat und dies auch mit dem gesteigerten Vorsatzgrad, ist sein Tun für strafwürdig zu erachten. Demnach besteht hier eine Lücke.

c) Bestehen Lücken, wenn der Täter rechtmäßig handelt?

Handelt der Täter rechtmäßig, so ist es nach geltendem Recht² und nach den §§ 26 und 27 des 2. StrRG nicht möglich, andere Beteiligte als Teilnehmer zu bestrafen. Das ist allerdings keine zwangsläufige Folge der Diffe-

1) RGSt 66/298, 302; Maurach AT S. 572; Dreher, Anm. 4 und Jagusch in Leipz. Komm., Anm. 7 zu § 288; Schönke-Schröder, Anm. 6 zu § 225

2) Teilnahme an rechtmäßiger Tat kennen nur Sauer S. 206 und 213, Lüderssen S. 144 ff (148), 163 und 211, v. Hippel II S. 448, sowie in gewissen Fällen auch Baumann, Strafrecht S. 597/598.

renzierung zwischen Täterschaft und Teilnahme. Es widerspräche dieser Differenzierung durchaus nicht, die Akzessorietät der Teilnahme auf das Vorliegen einer tatbestandsmäßigen Haupttat zu beschränken¹. So aber ergeben sich nach deutschem Recht überall dort Lücken, wo die anderen Beteiligten trotz Strafwürdigkeit auch nicht als Täter erfaßt werden können. Das sind die Fälle, in denen

aa) der andere Beteiligte nicht die strafbegründende Sondereigenschaft hat.

H will unbedingt verhindern, daß das an X gerichtete Paket rechtzeitig seinen Empfänger erreicht. In einem anonymen Telefonanruf warnt er daher die Post, daß in dem betreffenden Paket eine Höllenmaschine enthalten sei. Der Postbeamte T glaubt dem Anruf zwar nicht, will aber kein Risiko eingehen. Er hält das Paket daher sicherheits- halber an, um sich dessen Ungefährlichkeit von einem Sprengstoffspezialisten bestätigen zu lassen.

Das Tun des T wird man aus dem Gesichtspunkt des überge- setzlichen rechtfertigenden Notstands heraus für gerecht- fertigt halten müssen. H läßt sich daher nicht als Anstifter fassen. Mangels Postbeamteneigenschaft kann er aber auch nicht als mittelbarer Täter des § 354 bestraft werden, obwohl er mittels des Postbeamten T die Zuverlässigkeit der Postbeförderung, das Rechtsgut des § 354², angegriffen hat.

-
- 1) So ganz richtig Gallas Mat. I S. 135. In der neueren italienischen Spezialliteratur z. B. neigt eine beachtliche Strömung dazu, für die Teilnahme nicht mehr eine tatbestandsmäßig-rechtswidrige, sondern nur noch eine tatbestandsmäßige Haupttat zu verlangen (Pedrazzi S. 66; Latagliata, I principi S. 131 und 139; Dell' Andro S. 195/196).
 - 2) Allg. M. seit RGSt 52/248, 249; 72/193, 197. Auch sonst wird sich H nicht fassen lassen. Im Hinblick auf § 133 fehlt es an einer Tathandlung; § 274 Nr. 1 ist nicht anwendbar, weil Pakete keine Beweisfunktion haben und daher keine Urkunden sind.

bb) der andere Beteiligte nicht die erforderliche Unrechtsabsicht hat.

X erlaubt dem T, sich von dem auf X's Baugrundstück lagernden Ziegelsteinen eine Fuhre zu holen. T schickt dazu A, dem er allerdings von der Erlaubnis nichts sagt und der auch den Umständen nach nicht von einer derartigen Erlaubnis ausgehen kann. - Auf Grund der Erlaubnis des X eignet sich T die Ziegel rechtmäßig zu¹. A kann daher nicht wegen Beihilfe zum Diebstahl bestraft werden; Täter kann A auch nicht sein, weil ihm die Zueignungsabsicht fehlt, die nach h. M.² bei § 242 Täterkriterium ist.

Anders sieht das Ergebnis nach dem E 62 aus. Dessen § 235 begnügt sich mit der Absicht des Wegnehmenden, die Sache einem anderen - hier dem T - zuzueignen. A ist danach Täter eines Diebstahls³; damit ist für ihn ohne Belang, wie das Tun des T zu beurteilen ist⁴.

cc) das Delikt nur eigenhändig beghebbar ist.

T, H und X zechen. Schließlich kommt es zwischen H und X zu einem Streit. Mit dem Ruf "dir brech' ich alle Knochen, dein Freund kann dich gleich im Krankenhaus abliefern" stürzt sich H auf X und schlägt diesen so zusammen, daß X unverzüglich in das Krankenhaus gebracht werden muß. Da kein anderer Fahrer zur Verfügung steht, muß sich T trotz seiner Fahruntüchtigkeit an das Steuer setzen, ein Geschehensablauf, den H bei seinem Schlag in Kauf genommen hat. Da H somit eine Trunkenheitsfahrt provoziert hat, muß sein Tun auch unter dem Gesichtspunkt des § 316 für strafwürdig erachtet werden.

1) Das Merkmal der Fremdheit der Ziegelsteine und damit der Tatbestand wird durch die Erlaubnis des X allerdings nicht ausgeschlossen. Die Erlaubnis kann man nämlich nicht - wie Maurach BT S. 213 meint - als Eigentumsübertragung nach den §§ 930, 854 Abs. 2 BGB werten, weil im Zeitpunkt der Erlaubnis noch nicht klar ist, welche Steine im einzelnen T bekommen wird.

2) Siehe oben S. 10 Anm. 3

3) Ob A hiernach wegen versuchten oder vollendeten Diebstahls strafbar wäre, mag dahingestellt bleiben.

4) Man bemerke, welch zufällige Resultate sich hier ergeben, wenn man die Prüfung der Rechtswidrigkeit nicht generell für jeden Beteiligten getrennt vornimmt.

Eine Bestrafung des H als Anstifter kommt nicht in Betracht, weil T wegen übergesetzlichen Notstandes rechtmäßig handelte. Es besteht daher nur dann keine Strafbarkeitslücke, wenn H als mittelbarer Täter erfaßt werden kann. Das hängt im wesentlichen davon ab, welcher Theorie zur Auffindung der eigenhändigen Delikte man anhängt¹. § 316 ist nach der "Wortlauttheorie" (das Tatfahrzeug wurde von T und nicht von H geführt) und nach der "Körperbewegungstheorie" (§ 316 ist ein schlichtes Tätigkeitsdelikt) eine eigenhändige Straftat. Das ist denn auch der Standpunkt der h. M.², so daß H nicht als mittelbarer Täter des § 316 verfolgt werden kann. Nur die "Theorie des personalen Fehlverhaltens" erlaubt hier eine der Strafwürdigkeit des H entsprechende Ahndung, weil sie bei allen Delikten, bei denen das Unrecht materiell nicht in der persönlichen Ausführung liegt, sondern in der Gefährdung ganz spezieller Interessen (bei § 316: Sicherheit des Straßenverkehrs), Eigenhändigkeit ablehnt und den Hintermann daher als mittelbaren Täter strafen kann.

dd) der andere Beteiligte nicht die Tatherrschaft (den animus auctoris) hat.

Die meisten dieser Fälle gehen zu Recht straflos aus. Es handelt sich bei ihnen vor allem um Sachverhalte, in denen ein Beteiligter den anderen auffordert oder unterstützt, sein Rechtfertigungsrecht zu gebrauchen (Anstiftung zur Notwehr, Hilfe bei der Festnahme nach § 127 StPO usw.).

Die Rechtfertigungsgründe darf man jedoch nicht als Umstände auffassen, die den Rechtsschutz für ein bestimmtes Rechtsgut generell aufheben. Der Rechtsschutz tritt nämlich nicht absolut, sondern immer nur relativ, d. h.

1) Zu diesen Theorien vgl. oben A I 1 a cc

2) Schönke-Schröder, Anm. 8 und Dreher, Anm. 3 zu § 316

gegenüber bestimmten Personen, zurück¹. Diese Relativität soll im folgenden angesprochen werden.

X greift T an. H, dem es nur darauf ankommt, daß X Prügel erhält, reicht T einen Stock. T schlägt damit solange auf X ein, bis dieser von ihm abläßt. - H kann nicht wegen Teilnahme an einer gefährlichen Körperverletzung zum Nachteil des X bestraft werden, da die von T begangene Haupttat durch Notwehr gerechtfertigt ist. Das Tun des H erscheint jedoch strafwürdig, da ihm das subjektive Rechtfertigungselement des § 53, der Nothilfswille, fehlte. H kann jedoch auch nicht als mittelbarer Täter erfaßt werden²; es ist nämlich nicht ersichtlich, inwiefern das fehlende subjektive Rechtfertigungselement H die Tatherrschaft oder den animus auctoris verschaffen könnte. Demnach gibt es auch hier Strafrechtslücken.

d) Delikte mit besonderen Tätermerkmalen, bei denen der Intra-neus schuldlos handelt.

aa) Bestehen Lücken, wenn der andere Beteiligte ein Extraneus ist?

Bei der ersten Gruppe dieser Fälle hat der andere Beteiligte nicht die strafbegründende Sondereigenschaft. Beispiel: H zwingt (§ 52) den Urkundsbeamten I zur Beglaubigung einer unrichtigen Zeugnisabschrift. - In diesen

1) Lampe GA 1959/369.

2) Anders Mezger (Strafrecht 1960, S. 245); er will den H als mittelbaren Täter strafen. Das erscheint jedoch nicht möglich. Das subjektive Rechtfertigungselement ist doch bloß eine innere Einstellung zur Tat, die an den effektiven Herrschaftsverhältnissen nichts zu ändern vermag. Was den animus auctoris anbelangt, weiß H, daß er die Tat T anheimstellen muß. T allein nämlich entscheidet darüber, ob er die Attacke des X mit dem dargebotenen Stock oder sonstwie abwehrt oder dem Angriff vielleicht einfach ausweicht. Bei H liegt lediglich das Interesse an der Verletzung des X. Mezgers Ergebnis läßt sich daher allenfalls mit einer ausschließlich am Tatinteresse orientierten subjektiven Theorie halten. In dieser Ausprägung wird die subjektive Theorie heute aber fast allgemein abgelehnt.

Fällen ergeben sich keine Lücken. Mit der einhellig¹ anerkannten Prämisse, daß I schuldloser Täter ist, gelangt man mit Hilfe von § 50 Abs. 1 zur Bestrafung des H als Anstifter zu einer Urkundenfälschung im Amt.

Bei der zweiten Gruppe dieser Fälle hat der andere Beteiligte nicht die strafkonstitutive Unrechtsabsicht. Beispiel: Fabrikant H hat einen Konkurrenten, der ihn wirtschaftlich zu erdrücken droht. Er zwingt (§ 52) daher den Angestellten I seines Konkurrenten, bei seinem Arbeitgeber einige praktisch unersetzliche Produktionsunterlagen zu stehlen. - Nach h. L. vermittelt das subjektive Unrechtselement I die Tatherrschaft bzw. den animus auctoris. Er wird deshalb als schuldloser Täter des Diebstahls angesehen. § 50 Abs. 1 ermöglicht es sodann, H als Anstifter gemäß §§ 242/48 zu bestrafen².

Bei der dritten Gruppe handelt der andere Beteiligte nicht eigenhändig, obwohl das Delikt nur eigenhändig begiehbar ist. Beispiel: H zwingt (§ 52) I zur Leistung eines Meineids. - I gilt hier als schuldloser Täter³, und H kann deshalb als Anstifter des von I begangenen Meineids bestraft werden.

bb) Die Problematik dieser Lösungen

Die Bestrafung des Beteiligten H beruht in all diesen Fällen auf der Prämisse, daß der Beteiligte I mit dem besonderen Tätermerkmal schuldloser Täter ist. Damit I Täter ist, muß er jedoch die Tatherrschaft bzw. den animus auctoris haben. Es mutet aber doch seltsam an, daß gerade der um sein Leben zitternde I Tatherrschaft bzw. animus auctoris besitzen soll. Wie kann denn jemand eine

1) Gallas, Deutsche Beiträge S. 15; Dahm MDR 1959/509 und Roxin S. 370, wobei Dahm und Roxin dieses Ergebnis als unbestritten bezeichnen.

2) Gallas, Deutsche Beiträge S. 15

3) Roxin S. 426; Dahm MDR 1959/509; Gallas Nschr. Bd. 2 S. 71 und Deutsche Beiträge S. 15

Tat als sein Werk empfinden, die ihm ein anderer nur unter schwersten Drohungen abgenötigt hat. Daß der Begriff der Tatherrschaft bei den Delikten mit besonderen Tätermerkmalen in einem anderen Sinne als sonst gebraucht wird, wurde bereits oben unter A I 1 a es dargestellt¹.

Es bestehen aber noch weitere Zweifelspunkte. Kann man denn jemanden, der einem anderen mit Gefahr für Leib und Leben eine Handlung abnötigt, noch als Anstifter aburteilen? Es ist doch nicht der Nötiger, der seinen Willen dem Nötigenden unterordnet, sondern genau umgekehrt. Wie kann man hier eine Anstiftung bejahen, wo doch die h. L. Anstiftung zu unvorsätzlicher Haupttat gerade deswegen ablehnt, weil sich der Veranlasser dem Willen des Ausführenden nicht unterordne? Heißt es doch in BGHSt 9/379, 380, daß das Wesen der Anstiftung die Unterordnung unter den Willensentschluß des Täters erfordere. Für die obigen Beispielsfälle zieht man aus diesen Erkenntnissen keine Schlußfolgerungen.

Außerdem entspricht das Tun des H doch offensichtlich nicht dem Bild, das man sich gemeinhin von einem Anstifter macht. Gleichwohl scheut man sich nicht, H als Anstifter zu bestrafen. Solche Ergebnisse gilt es ibs. im Hinblick auf die Behauptung festzuhalten, der Einheitstäterbegriff führe zu Resultaten, die dem allgemeinen Rechtsempfinden zuwiderliefen².

Auf einen kurzen Nenner gebracht, läßt sich sagen, daß die

1) Diese andersartige Handhabung des Tatherrschaftsbegriffs vermeidet Roxin dadurch, daß er als Täterkriterium bei den Delikten mit besonderen Tätermerkmalen nicht die Tatherrschaft, sondern die Eigenschaft als Intraneus ansieht (S. 353). Damit man aber in den obigen Fällen den Intraneus als Täter einstufen kann, muß der um sein Leben zitternde Intraneus immerhin noch die "Zentralgestalt des konkreten Handlungs geschehens" sein, denn das ist - wie Roxin S. 578 lehrt - der Oberbegriff aller Tätermerkmale. Ob man das sagen kann, erscheint zumindest zweifelhaft.

2) Vgl. unten D VI

in diesem Abschnitt von der allgemeinen Meinung verfochtenen Lösungen vom Ergebnis her diktiert sind. Dogmatisch sind sie wenig überzeugend.

e) Delikte mit mehreren besonderen Tätermerkmalen

aa) Bestehen Lücken, wenn dem Träger der Sondereigenschaft das subjektive Unrechtselement fehlt, dem Träger des Unrechtselements aber die Sondereigenschaft?

Bei dieser Fallgruppe gibt es keine Lücken. In den Fällen, in denen der eine Beteiligte zwar die strafbegründende Sondereigenschaft, nicht aber das subjektive Unrechtselement hat, während der andere Beteiligte zwar dieses Unrechtselement, aber nicht die Sondereigenschaft aufweist, besteht nämlich kein Strafbedürfnis. Der Unwert der entsprechenden Delikte liegt gerade darin, daß der Träger der Sondereigenschaft auch das strafbegründende Unrechtselement hat. Das soll an zwei Fällen des § 353 a Abs. 1 (2. Alternative) und des § 343 gezeigt werden.

Zu § 353 a denke man sich folgendes Beispiel: Botschafter A gibt in einem längeren Bericht an das Auswärtige Amt eine Nachricht wieder, die er von dem Nichtdiplomaten H erhalten hat. Kurz bevor A seinen Bericht nach Bonn abschickt, erfährt er jedoch, daß die Angaben des H falsch sind. Er ist jedoch zu bequem, den fraglichen Punkt sofort zu korrigieren. Im Gegensatz zu H, der die Bundesregierung irrezuleiten beabsichtigt (subjektives Unrechtselement des § 353 a), denkt A, daß eine Berichtigung in der nächsten Post noch früh genug komme.

H kann nach geltendem Recht nicht bestraft werden. Mitteltbare Täterschaft kommt nicht in Frage, da er kein Diplomat der Bundesrepublik ist; Teilnehmer kann er auch nicht sein, da es an einer entsprechenden Haupttat fehlt. Dieses Ergebnis entspricht der Strafwürdigkeit, obwohl H die Bundesregierung irreführen wollte. § 353 a ist nämlich nicht dazu geschaffen, die inhaltliche Richtigkeit diplomatischer Berichte zu garantieren. Er soll vielmehr verhindern, daß deutsche Diplomaten gegen ihre eigene Regie-

rung intrigieren. Das ergibt sich schon aus der Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift als sog. Arminiparagraph. Ein Strafbedürfnis für die Beteiligten besteht also nur dann, wenn zumindest einer der Mitwirkenden sämtliche besonderen Tätermerkmale aufweist.

Zu § 343 betrachte man folgenden Fall: H, dem Opfer einer Straftat, käme für die Durchsetzung seiner Schadenersatzansprüche ein Geständnis des Delinquenten X sehr gelegen. Er reizt deshalb den verhörenden Kriminalbeamten A auf, gegen X Zwangsmittel anzuwenden. A tut das auch; anders als H hat er dabei aber nicht die Absicht, von X ein Geständnis zu erpressen (subjektives Unrechtselement des § 343). A handelt vielmehr aus Rache, weil ihn X immer wieder hänselt.

H mag wegen Nötigung (§§ 240/48) strafbar sein; auf Grund des § 343 kann er nicht belangt werden. Da er kein Strafverfolgungsorgan ist, kann er nicht mittelbarer Täter einer Aussageerpressung sein. Anstiftung zur Aussageerpressung scheitert daran, daß keine entsprechende Haupttat vorliegt. Dieses Resultat erscheint strafwürdigkeitsgerecht. Der Schutz des Beschuldigten allein ist bereits durch die Vorschriften über die Nötigung gewährleistet¹. § 343 soll vor allem auch das Vertrauen der Öffentlichkeit in das gesetzestreue Vorgehen der Strafverfolgungsorgane sichern². Dieses Vertrauen wird jedoch von der Haltung der Staatsorgane und nicht von der Einstellung Privater bestimmt. Der Unwert der Aussageerpressung kann daher nur dann erreicht werden, wenn die Erpressungsabsicht beim Staatsorgan vorliegt. Das war in dem Beispiel nicht der Fall.

-
- 1) Nach geltendem Recht können bei einer Nötigung bis zu 5 Jahre Freiheitsstrafe verhängt werden (§ 240 Abs. 1), ebenso wie bei einer Aussageerpressung (§ 343). Nach dem E 62 liegt die Strafobergrenze in beiden Fällen bei 10 Jahren (§ 171 Nr. 2 bzw. § 454).
 - 2) Amtl. Begr. z. E 62 S. 641 Sp. 2. Gerade dieses Rechtsgut wird mit der hohen Strafuntergrenze bei der Aussageerpressung geschützt.

bb) Bestehen Lücken, wenn der Träger des subjektiven Unrechtselements das Delikt nicht eigenhändig ausführt?

Diese Frage sei an einem Fall des § 16 WStG erläutert:
Um den Soldaten A für die Dauer eines bewaffneten Einsatzes dem Wehrdienst zu entziehen, übergibt ihm H einen gefälschten Befehl, wonach sich A irgendwo zu melden habe. Um diesem vermeintlichen Befehl nachzukommen, verläßt A die Truppe und verliert dadurch - wie von H beabsichtigt - den Anschluß an seine Einheit.

Da A nicht die Absicht hat, sich dem Wehrdienst zu entziehen, erfüllt sein Tun nicht den Tatbestand des § 16 WStG. H kann man daher nicht als Anstifter bestrafen. Mittelbarer Täter kann H aber auch nicht sein, weil die Fahnenflucht zu den eigenhändigen Delikten gezählt wird¹. Diese Rechtslage führt zu Lücken, wenn die Tat des H gegen die ratio legis des § 16 WStG verstößt.

Nach h. M. besteht der Unwert der Fahnenflucht darin, daß der sich entfernende Soldat seine Treupflicht verletzt². Dies ist jedoch nicht denkbar, wenn der sich entfernende Soldat - wie A in unserem Beispielsfall - gar nicht die Absicht hat, die Truppe im Stich zu lassen. Beteiligte, die wie H nur den Anstoß zu einem absichtslosen Verlassen der Truppe geben, können daher das Rechtsgut der Fahnenflucht

-
- 1) Für die Wortlauttheorie (vgl. oben A I 1 a cc) ergibt sich das daraus, daß nur A die Truppe verläßt; die Körperbewegungstheorie führt zu demselben Ergebnis, da § 16 WStG ein schlichtes Tätigkeitsdelikt ist. Kein eindeutiges Ergebnis liefert dagegen die Theorie des personalen Fehlverhaltens; für sie kommt es darauf an, welches Rechtsgut § 16 WStG schützt.
 - 2) Roxin S. 393 und Dreher-Lackner-Schwalm, Anm. 1 zu § 16 m. w. Nachw.; a.A. jedoch Maurach (BT S. 570/571), nach dessen Auffassung § 16 WStG den jederzeitigen vollen Mannschftsbestand der Bundeswehr gewährleisten soll.

überhaupt nicht tangieren. Wenn man also das Rechtsgut der Fahnenflucht wie die h. M. bestimmt, geht A im Hinblick auf § 16 WStG¹ ganz zu Recht straflos aus.

f) Die Lückenfrage bei den Delikten mit strafbegründenden Gesinnungsmerkmalen.

In zahlreichen Tatbeständen wird verlangt, daß der Täter "roh"², "böswillig"³, "gewissenlos"⁴ usw. handelt. Ob bei diesen Verbrechen Lücken auftreten, hängt ibs. davon ab, welche Stellung diesen Gesinnungsmerkmalen im Aufbau des Verbrechens zukommt. Diese Frage ist sehr umstritten. Zum Teil faßt man die Gesinnungsmerkmale als reine Schuldmerkmale auf⁵, zum Teil betrachtet man sie aber als subjektive Unrechtselemente⁶. Eine starke Strömung will hier keine generelle Entscheidung treffen, sondern vom jeweiligen

-
- 1) Inwieweit man A wenigstens nach § 15 WStG verfolgen können sollte - Rechtsgut des § 15 ist unstreitig die Erhaltung des jederzeitigen vollen Mannschafstbestandes der Bundeswehr (Dreher-Lackner-Schwalm, Anm. 3 zu § 15 m. w. Nachw.) - ist in diesem Zusammenhang nicht von Interesse. Es handelt sich insoweit um einen Fall der Gruppe A I 1 a cc.
 - 2) Z. B. § 9 Abs. 1 TierSchG.
 - 3) §§ 90 a Abs. 1 Nr. 1, 134 und 170 a StGB, § 31 WStG, § 1 Abs. 1 NatSchVO.
 - 4) § 170 a und d StGB, § 64 Abs. 2 JASchG v. 1938, § 24 Abs. 3 JSchG v. 1951, § 11 Abs. 3 LebMG. Ähnliche Termini sind "rücksichtslos" (z. B. § 315 c Abs. 1) und "verantwortungslos" (z. B. § 3 Abs. 1 WiStG).
 - 5) Gallas ZStrW 67 (1955)/46; Lange JR 1949/166; Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale S. 217; Würtemberger S. 56 ff.
 - 6) Noll, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe S. 41; Schweikert S. 138/139; v. Uthmann, Der Urheber S. 43; OLG München NJW 1947/48 S. 532; OGHSt 2/50, 57; wohl auch Mezger-Blei AT S. 100 und Welzel, Strafrecht S. 79.

Tatbestand her untersuchen, wie das Gesinnungsmerkmal einzuordnen ist, so daß es das eine Mal reines Schuldmerkmal, das andere Mal jedoch subjektives Unrechtselement sein wird¹. Von diesen beiden Einordnungen der Gesinnungsmerkmale geht die nun folgende Untersuchung aus².

aa) Die Erörterung der Fälle, in denen der Ausführende ohne Vorsatz handelt.

Hier ergeben sich zwei Konstellationen: Man nehme an, daß lediglich der Ausführende die Gesinnung besitzt, Tatvorsatz aber nur beim Hintermann gegeben ist³. Ist die Gesinnung reines Schuldmerkmal, geht der Hintermann mangels Schuld zu Recht straflos aus. - Ist die Gesinnung dagegen subjektives Unrechtselement, so bestehen Lücken. Der Hintermann kann nämlich nicht bestraft werden, obwohl er vorsätzlich die Verwirklichung tatbestandlichen Unrechts verursacht. Täter kann er nicht sein, weil ihm das Unrechtselement fehlt; Teilnahme scheitert am mangelnden Vorsatz des Ausführenden. Es handelt sich hierbei um nichts anderes als um einen Sonderfall der Gruppe A I 1 a bb.

-
- 1) Baumann, Strafrecht S. 276; Schönke-Schröder, Anm. 46 vor § 1; Strathenwerth, Festschrift für v. Weber S. 177; Maurach AT S. 231 und Jescheck, Lehrbuch S. 311.
 - 2) Noch anders als die skizzierten Auffassungen: Roxin S. 437. Die Gesinnungsmerkmale machen der Lehre erhebliche Schwierigkeiten. Das ganze Gebiet ist noch nicht richtig geklärt. Zum Teil beruhen die Differenzen auch auf terminologischen Unterschieden. So will z. B. Schmidhäuser (Gesinnungsmerkmale S. 256 ff) einige Merkmale nicht als Gesinnungsmerkmale gelten lassen, die von der h. M. ohne weiteres darunter gerechnet werden (vgl. dazu Maurach AT S. 232).
 - 3) Zum Teil wird angenommen, daß es Fälle dieser Art überhaupt nicht geben könne, weil das Vorliegen der Gesinnung nur bei vorsätzlichem Handeln denkbar sei: Lackner MDR 1953/75 Sp. 2; Boohs zit. nach BGHSt 5/395; a. A. die ganz h. M.: BGH NJW 1962/2165 Sp. 2 m. w. Nachw. der Rspr.; Maurach BT S. 540; Welzel, Strafrecht S. 463; Dreher, Anm. 5 B und Lackner-Maassen, Anm. 6 c zu § 315 c; Kohlrausch-Lange, Anm. II und Werner, Leipz. Komm., Anm. VIII 3 zu § 315 a a. F. Nach dieser h. M. kann nämlich auch eine fahrlässig handelnde Person die Gesinnung haben. In diesem Sinne nunmehr auch § 315 c Abs. 3 Nr. 2 i. V. m. Abs. 2 Nr. 1 ("rücksichtslos").

Die zweite Möglichkeit ist die, daß der Ausführende zwar weiterhin unvorsätzlich handelt, der Hintermann jedoch sowohl den Vorsatz als auch die tatbestandliche Gesinnung hat. Ist die Gesinnung Schuldmerkmal, so hat der Hintermann wegen der Unvorsätzlichkeit des Ausführenden die Tatherrschaft (animus auctoris) und kann als schuldhaft Handelnder wegen mittelbarer Täterschaft erfaßt werden. Der Hintermann kann aber auch dann als mittelbarer Täter erfaßt werden, wenn die Gesinnung subjektives Unrechtsmerkmal ist. Es handelt sich insoweit um einen Fall der lückenfreien Gruppe A I 1 a ee.

bb) Wie ist es, wenn der Ausführende trotz Vorsatzes nicht die Gesinnung hat, wohl aber der Hintermann?¹

Betrifft die Gesinnung ausschließlich die Schuld, so ist der Ausführende in diesen Fällen schuldloser Täter. Der mit der Gesinnung - d. h. schuldhaft - handelnde Hintermann kann daher gemäß § 50 Abs. 1 als Anstifter bestraft werden.

Ist die Gesinnung subjektives Unrechtselement, so wird der mit der Gesinnung handelnde Hintermann als mittelbarer Täter bestraft. Kannte der Ausführende die Gesinnung des Hintermanns, so haftet er als sog. doloses Werkzeug gemäß §§ 49, 50 Abs. 2.

Bei dieser Fallgruppe gibt es demnach keine Strafrechtslücken.

1) Diese und die unter cc, dd, ee und ff gebrachten Fälle können nach einer weit verbreiteten Ansicht überhaupt nicht vorkommen. Dieser Auffassung zufolge ist nämlich die Gesinnung keine psychische Einstellung, die trotz gleicher Einsicht in Sinn und Folgen des Verhaltens von Person zu Person wechseln kann (so ibs. BayObLG JR 1960/70; OLG Stuttgart Justiz 1963/37, 38; Roxin S. 437 und Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale S. 267; a. A. die wohl überwiegende Meinung, vor allem BGH NJW 1962/2165; Maurach BT S. 540; Mezger-Blei BT S. 263; Hardwig ZStrW 68 (1956)/37; Schönke-Schröder, Anm. 27 und Dreher, Anm. 3 B zu § 315 c).

cc) Wie ist es, wenn der Ausführende Vorsatz und Gesinnung hat, dem Hintermann aber die Gesinnung fehlt?

In diesen Fällen geht der Hintermann straflos aus, wenn die Gesinnung reines Schuldmerkmal ist. Das folgt aus § 50 Abs. 1. Gallas sieht in diesem Ergebnis "eine bedenkliche Einschränkung strafbarer Teilnahme"¹. Ist die Gesinnung jedoch reines Schuldmerkmal, dann bedeutet das, daß "der Gesetzgeber eine unrechte Tat nur dann für strafwürdig hält, wenn sie mit einer gegenüber dem zu denkenden Ausgangsfall g e - s t e i g e r t e n Schuld verbunden ist"². Gerade dann aber muß der ohne das Schulselement handelnde Beteiligte straflos ausgehen, weil ohne dieses Element die Strafwürdigkeitsmarke nicht erreicht wird³.

Der Hintermann ist dagegen immer strafbar - und zwar als Teilnehmer gemäß §§ 48/50 Abs. 2 bzw. 49/50 Abs. 2 -, wenn es sich bei der Gesinnung um ein subjektives Unrechtselement handelt. Wenn man die Gesinnung so einordnet, ist dieses Ergebnis aber auch durchaus angebracht. Macht nämlich die Gesinnung das Unrecht der Tat aus, so ist die Mitwirkung an dem vom Ausführenden begangenen Unrecht strafwürdig⁴.

dd) Wie ist es, wenn der Ausführende zwar die Gesinnung hat, jedoch schuldlos handelt?⁵

In derartigen Fällen ist der Ausführende schuldloser Täter, wenn die Gesinnung als subjektives Unrechtselement anzusehen ist. Ein eventueller Hintermann kann daher als Teilnehmer gestraft werden, selbst wenn er die Gesinnung nicht haben sollte.

1) Mat. § S. 152; noch deutlicher in: Deutsche Beiträge S. 39

2) Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale S. 267 (Hervorhebung dort)

3) So - und damit gegen Gallas - auch Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale S. 267 und Jescheck, Lehrbuch S. 440

4) Ebenso Hardwig ZStrW 68 (1956)/37 und 38

5) Nach Hardwig ZStrW 68 (1956)/25 Anm. 18 a sollen nur schuldhaft Handelnde die Gesinnung haben können; a.A. die h. L.: Welzel, Strafrecht S. 79

Stellt die Gesinnung dagegen ein reines Schuldmerkmal dar, dann geht der Hintermann zu Recht straflos aus, wenn er selbst nicht die Gesinnung hat. Das ergibt sich aus § 50 Abs. 1.

ee) Wie ist es, wenn der Ausführende ohne Schuld ist und nur der Hintermann die Gesinnung hat?

In diesen Fällen sind keine Lücken zu befürchten. Wenn das Gesinnungsmerkmal ausschließlich die Schuld betrifft, ist der Hintermann je nachdem, ob er die Tatherrschaft (den animus auctoris) besitzt oder nicht, mittelbarer Täter oder bloßer Teilnehmer. - Ist die Gesinnung subjektives Unrechtsmerkmal, so haftet der Hintermann als mittelbarer Täter.

ff) Wie ist es bei Gesinnungsdelikten, die zugleich Sonderdelikte¹ oder eigenhändige Verbrechen² sind?

Betrifft die Gesinnung ausschließlich die Schuld, so können keine Lücken auftreten. Handelt nämlich der Qualifizierte ohne die tatbestandliche Gesinnung, so ist er gleichwohl (schuldloser) Täter, und der die Gesinnung besitzende Hintermann kann gemäß § 50 Abs. 1 als Teilnehmer bestraft werden.

Interessanter wird es, wenn das Gesinnungsmerkmal als subjektives Unrechtselement zu betrachten ist. In diesem Falle gibt es nämlich keine Bestrafungsmöglichkeit, wenn der Träger der Sondereigenschaft die Gesinnung nicht hat, wohl aber Hintermann, dem aber wiederum die Sondereigenschaft fehlt. Es handelt sich hierbei letztlich um nichts anderes als einen Fall der Gruppe A I 1 e aa und bb. Lücken bestehen aber nur dann, wenn sich hierbei strafwürdige Fälle denken lassen.

1) Wie z. B. §§ 170 a und d

2) Wie etwa § 315 c Abs. 1 Nr. 2 a - g; so jedenfalls die h. L.: BGHSt 18/6; Schönke-Schröder, Anm. 36 a und Dreher, Anm. 2 zu § 315 c; Engisch, Festschrift für Eb. Schmidt S. 109; a.A. wohl Roxin S. 407 und die dortige Anm. 39.

Bei den Delikten der §§ 170 a und d muß gerade der Träger der Sondereigenschaft das Gesinnungsmerkmal der Böswilligkeit bzw. Gewissenlosigkeit haben, weil es sich bei diesen Verbrechen um einen Familienverrat handelt¹. Damit sind sämtliche Fälle, in denen dem Träger der Sondereigenschaft das Gesinnungsmerkmal fehlt, nicht strafwürdig.

Dagegen erscheint gegen einen Hintermann, der aus einer rücksichtslosen Einstellung heraus seinen Chauffeur zu grob verkehrswidrigem Fahren aufreizt, durchaus Strafe angebracht, selbst wenn der Fahrer selbst nicht rücksichtslos handeln sollte. Letzten Endes gibt es aber auch hier keine Lücken. Die einen leugnen schon die Möglichkeit einer derartigen Fallgestaltung; danach kann das Gesinnungsmerkmal - von Sachverhaltsirrtümern abgesehen - entweder nur bei allen oder bei gar keinem der Beteiligten vorliegen². Die anderen wollen den Hintermann als mittelbaren Täter strafen, weil sie § 315 c nicht als eigenhändiges Delikt ansehen³. Die h. M. endlich wird den Hintermann als Anstifter bestrafen, da sie das Merkmal der Rücksichtslosigkeit in § 315 c nicht als persönliches Unrechtselement, sondern nur als Schuldmerkmal ansieht. Für sie kennzeichnet nämlich die Rücksichtslosigkeit "einen besonders schweren Fall ... subjektiver Verwerfbarkeit"⁴.

g) Die Lückenfrage bei den Unterlassungsdelikten.

Vorangestellt sei folgender Fall des § 360 Nr. 8: Der zuständige Beamte fordert U auf, seinen Namen anzugeben. U kommt dieser Aufforderung nicht nach, weil H ihn arglistig glauben macht, daß der Beamte in Wahrheit gar nicht zuständig sei.

1) Hardwig ZStrW 68 (1956)/37

2) Siehe oben S.29 Anm.1

3) So die Anhänger der Theorie vom personalen Fehlverhalten (vgl. oben A I 1 a cc), denn der Unwert der Delikthandlung liegt nicht im ganz persönlichen Fehlverhalten des Fahrers begründet, sondern in der Gefährdung des Verkehrs.

4) OLG Stuttgart NJW 1967/1767 Sp. 2; sachlich übereinstimmend BGH NJW 1962/2166 = VRS 23/292 m. w. Nachw.

Nimmt jemand die gebotene Handlung deshalb nicht vor, weil ihn ein Hintermann täuscht oder nötigt, so wird dieser Hintermann von der h. L. als unmittelbarer Täter des hinter dem Unterlassungsdelikts stehenden Begehungsdelikts bestraft¹. Bei dem Paradefall der Unterlassungsdelikte, dem § 330 c, sind also auf den Hintermann je nach seinem Vorsatz die §§ 211 ff, 223 ff oder 303 ff anwendbar. Diese Lösung versagt jedoch, wenn hinter dem Unterlassungsdelikt kein Begehungsdelikt steht wie im obigen Beispielsfall des § 360 Nr. 8. Sie versagt jedoch auch, wenn das hinter dem Unterlassungsdelikt stehende Begehungsdelikt ein Sonderdelikt ist, dessen Qualifikation der Hintermann nicht besitzt².

Kann man H - wie in dem obigen Beispielsfall - nicht wegen eines Begehungsdelikts haftbar machen, so ist zu untersuchen, ob man ihn nicht irgendwie wegen des Unterlassungsdelikts strafen kann. Unmittelbarer Täter des § 360 Nr. 8 kann H nicht sein, denn er war nicht gefragt. Er kommt aber auch nicht als mittelbarer Täter der unterlassenen Namensangabe in Betracht, weil es bei den Unterlassungsdelikten nach h. L. keine mittelbare Täterschaft gibt³. Eine Teilnahme am Unterlassungsdelikt anerkennt sie zwar⁴; eine Teilnahme des H scheitert jedoch daran, daß die Haupttat des U nicht vorsätzlich geschah. Der Irrtum über die

-
- 1) Roxin S. 472; Maurach AT S. 499; Grünwald GA 1959/123; Kaufmann, Unterlassungsdelikte S. 190; Welzel, Strafrecht S. 206 und Schönke-Schröder, Anm. 37 vor § 47; a.A. Kaufmann-Hassemer JuS 1964/156 Sp. 2
 - 2) Beispiel: Der Treupflichtige muß nach § 266 vermögenssichernde Maßnahmen ergreifen. Wer ihm dies unmöglich macht, so daß der Treupflichtige untätig bleibt, kann nur dann auf Grund der Begehungsvariante des § 266 bestraft werden, wenn er selbst nach § 266 treupflichtig ist.
 - 3) Roxin S. 471/472; Welzel, Strafrecht S. 206; Kaufmann, Unterlassungsdelikte S. 190; Schönke-Schröder, Anm. 37 vor § 47; Mezger-Blei AT S. 265; a.A. Mezger, Strafrecht 1949 S. 420
 - 4) Maurach AT S. 577, 578; Baumann, Strafrecht S. 541; Schönke-Schröder, Anm. 103 vor § 47; Dreher, Anm. D VI vor § 1; Roxin S. 510 ff; Stree GA 1963/1 ff; Mezger in Leipz. Komm., Anm. 4 zu § 49 und die st. Rspr. z. B. BGHSt 14/280 und RGSt 77/268, 269; a.A. Welzel, Strafrecht S. 206 und Kaufmann, Unterlassungsdelikte S. 190 ff

Zuständigkeit des Beamten schließt nämlich den Vorsatz des U aus¹. H kann deshalb überhaupt nicht gestraft werden, obwohl sein Verhalten als strafwürdig zu erachten ist. Er hat in das staatliche Hoheitsrecht eingegriffen, welches zu sichern Aufgabe des § 360 Nr. 8 ist², indem er U dazu veranlaßt hat, seinen Namen nicht zu nennen. In dem Beispielsfall besteht demnach eine Strafrechtslücke.

Wenn man ganz allgemein bei den Unterlassungsdelikten nach Lücken sucht, so scheiden von vornherein all diejenigen Fälle als mögliche Lückenfälle aus, in denen man auf ein Begehungsdelikt zurückgreifen kann, sowie diejenigen Fälle, in denen der Hintermann selbst handlungspflichtig ist. Lücken kann es daher nur in den verbleibenden Fällen geben, also dann, wenn ein Hintermann trotz seiner Einwirkung auf den Handlungspflichtigen mangels einer vorsätzlich-rechtswidrigen Unterlassungstat des Handlungspflichtigen nicht wegen Teilnahme am Unterlassungsdelikt bestraft werden kann. Es sind dies die verbleibenden Fälle, in denen der Hintermann dem Handlungspflichtigen arglistig

aa) die Kenntnis der tatbestandsmäßigen Situation vereitelt.

Ein Beispiel dieser Art ist der obige Ausgangsfall des § 360 Nr. 8. Bei dieser Fallgruppe muß man also mit Lücken rechnen.

bb) die Vornahme der gebotenen Handlung physisch unmöglich macht.

Bleibt der Handlungspflichtige deshalb untätig, weil er rein körperlich nicht zur Vornahme der gebotenen Handlung in der Lage ist, so fehlt es nach h. M. bereits an einem

1) So jedenfalls die h. L.: BayObLG NJW 1965/1492; Maurach BT S. 665; Werner in Leipz. Komm., Anm. VIII 5 und Schönke-Schröder, Anm. 28 a zu § 360; a.A. Welzel, Strafrecht S. 513 (Verbotsirrtum); noch anders Dreher, Anm. 8 A c zu § 360 (Zuständigkeit nur als objektive Bedingung der Strafbarkeit)

2) RG 72/30, 31; Maurach BT S. 665; Schönke-Schröder, Anm. 28 zu § 360

Unterlassen als Handlung i. w. S., zumindest aber an einem tatbestandsmäßig-rechtswidrigen Unterlassen¹. Der arglistig handelnde Hintermann kann daher mangels einer rechtswidrigen Haupttat nicht als Teilnehmer bestraft werden, obwohl er durch die Hinderung der gebotenen Handlung das durch das Handlungsgebot geschützte Rechtsgut beeinträchtigt hat. Hier werden demnach Lücken auftreten.

cc) die Möglichkeit nimmt, einen zur Realisierung des Gebots führenden Weg zu finden.

Um die gebotene Handlung vornehmen zu können, will U den Weg r einschlagen. H spiegelt ihm jedoch vor, daß dieser Weg aus irgendwelchen Gründen nicht zum Ziele führen könne. H macht das so glaubwürdig, daß U nicht mehr in der Lage ist, einen Weg zur Erfüllung des Gebotes zu finden. Auf Grund der Täuschung bleibt er deshalb untätig.

Nach h. M. fehlt es an einem Unterlassen als Handlung i. w. S., zumindest aber am Tatvorsatz, wenn für den Untätigen keine Möglichkeit mehr zur Vornahme der gebotenen Handlung erkennbar ist². H kann daher auch nicht als Teilnehmer gestraft werden, obwohl er die Ursache dafür ist, daß die gebotene Handlung ausbleibt. Dieses Ergebnis entspricht nicht der Strafwürdigkeit.

-
- 1) Bereits an einem Unterlassen fehlt es nach der Auffassung von Kaufmann, Unterlassungsdelikte S. 27/28; Welzel, Strafrecht S. 200/201; Maurach AT S. 499; Engisch JZ 1962/192 Sp. 2; H. Mayer, Strafrecht 1953 S. 112; Schönke-Schröder, Anm. 82 vor § 1; Rittler AT S. 113; v. Liszt-Schmidt S. 170 Anm. 2
Nach Nagler (GS 111/70) mangelt es nur am Tatbestand. Nach der st. Rspr. (BGHSt 15/18, 22 und RGSt 64/276), Gallass ZStrW 67 (1955)/40 und Baumann, Strafrecht S. 223 schließt die physische Unfähigkeit zum Handeln nur die Rechtswidrigkeit der an sich gegebenen Unterlassung aus. Hier könnte man durch die Limitierung der Akzessorietät auf die Tatbestandsmäßigkeit (vgl. oben S. 13 Anm. 1) Lücken vermeiden.
Mezger (Strafrecht 1949 S. 133 Anm. 9) und v. Weber S. 123 wollen es in diesen Fällen nur an der Schuld des Untätigen fehlen lassen. Diese Auffassung führte zu keinen Lücken; die mangelnde Schuld des U würde es nach § 50 Abs. 1 nicht hindern, den H als Teilnehmer zu bestrafen.
- 2) Welzel, Strafrecht S. 201; Kaufmann, Unterlassungsdelikte S. 43; H. Mayer, Strafrecht 1967 S. 75 Anm. 3; Engisch, Festschrift für Kohlrausch S. 184

dd) zum Einschlagen des falschen Weges veranlaßt.

U schwankt, ob er den Weg r oder den Weg f einschlagen soll, um dem Handlungsgebot zu entsprechen. Da veranlaßt ihn H, auf dem Weg f vorzugehen, wohl wissend, daß nur der Weg r zum Ziele führt. U folgt der Aufforderung des H und vermag deshalb die gebotene Handlung nicht vorzunehmen.

U hat die gebotene Handlung unterlassen. Dieses Unterlassen ist jedoch nicht tatbestandsmäßig, weil untaugliche, aber auf die Erfüllung des Handlungsgebots abzielende Handlungen den Tatbestand der vorsätzlichen Unterlassungsdelikte ausschließen¹. Mangels einer die Teilnahme tragenden Haupttat des U ist es daher nicht möglich, H zu strafen: Ein wenig befriedigendes Resultat.

ee) eine Situation bereitet, angesichts derer der Handlungspflichtige die gebotene Handlung unterläßt, um ein höherwertiges Rechtsgut retten zu können.

Das Unterlassen der gebotenen Handlung durch den Handlungspflichtigen ist in diesen Fällen aus dem Gesichtspunkt der Güterabwägung heraus gerechtfertigt. Damit fehlt es an einer rechtswidrigen Haupttat, so daß der Hintermann nicht wegen Teilnahme am Unterlassungsdelikt verfolgt werden kann. Mit der materiellen Gerechtigkeit läßt sich dieses Ergebnis nicht vereinbaren.

Diese Fälle provozierter Rechtfertigung des Haupttäters könnten entsprechend ihrer Strafwürdigkeit bestraft werden, wenn man für die Teilnahme nur eine tatbestandsmäßige Haupttat verlangte (vgl. oben A I 1 c).

1) Welzel, Strafrecht S. 204; Kaufmann, Unterlassungsdelikte S. 109/110; Eb. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht 1939 S. 84/85; Finger S. 452; Jescheck, Lehrbuch S. 409/410

2. Der Hintermann irrt.

a) Er nimmt Umstände an, die den Ausführenden straffrei stellen würden.

Ausgangspunkt sei folgender Fall¹: A wird in seiner Nachtruhe durch einen streunenden Hund gestört. Er beklagt sich deshalb darüber bei H. Dieser glaubt, A halte den Hund für ein herrenlos umherstreifendes Tier. In Wirklichkeit weiß A jedoch, daß der Hund dem X gehört.

aa) Der Anstoß zur Tat geht vom Hintermann aus.

Auf die Aufforderung des H hin erschießt A den Hund. Da A dabei weiß, daß das Tier nicht herrenlos ist, begeht er eine vorsätzliche Sachbeschädigung, nach Auffassung des veranlassenden Hintermanns H aber, der an einen Irrtum des A über das Eigentum am Hund glaubt, handelt A unvorsätzlich.

Bei der angegebenen Sachlage fehlt dem H nach der materiell-objektiven Theorie die Tatherrschaft, weil der Ausführende das Geschehen überblickt. Der Hintermann vermeint aber die Tatherrschaft inne zu haben. Maurach und Hegler strafen H daher wegen versuchter Täterschaft². Das hat zur Folge, daß H in vielen Fällen straflos ausgehen würde, weil bei Vergehen der Versuch nicht immer, bei Übertretungen überhaupt nicht mit Strafe bedroht ist. - Dieses Ergebnis erscheint unbillig. H hat doch immerhin den Vorsatz des A geweckt und damit objektiv den Erfolg einer Anstiftung erzielt. Subjektiv glaubt er sogar, die Tatherrschaft zu besitzen, glaubt also Täter zu sein. Die h. M. sagt nun, daß der Tätervorsatz den Anstiftervorsatz mitumfasse (argumentum a maiore ad minus) und straft daher H "wie einen Anstifter"³. Die Anwendung des argumentum a maiore

1) Maurach AT S. 572

2) Maurach AT S. 573 (anders noch AT, 2. Auflage, S. 529/530); Hegler S. 311 Nr. 24 und S. 320 Nr. 58

3) Gallas. Mat. I S. 139; Jescheck, Nschr. Bd. 2 S. 98; Roxin S. 272; v. Uthmann, Der Urheber S. 39; Mezger-Blei AT S. 266; Lackner-Maassen, Anm. 2 b cc vor § 47

ad minus ist jedoch sehr anfechtbar, wenn man den Strafgrund der Anstiftung zwar nicht allein, aber zumindest auch in der Korruption des Täters durch den Anstifter sieht, wozu gerade unter den Anhängern der materiell-objektiven Theorie eine gewisse Neigung besteht¹.

Nach der subjektiven Theorie wird der Hintermann H seinem Tatherrschaftswillen gemäß wegen vollendeter mittelbarer Täterschaft bestraft².

Dieselben Überlegungen und Resultate ergeben sich auch in den Fällen, in denen der Hintermann fälschlicherweise glaubt, daß der Ausführende infolge eines Irrtums rechtmäßig handle, während der Ausführende in Wahrheit nicht irrt und daher rechtswidrig handelt³. Genauso sind ferner die Fälle zu lösen, in denen der Hintermann irrigerweise annimmt, der Ausführende handle aus irgendwelchen Gründen schuldlos⁴. Dasselbe gilt aber auch für die Fälle der Delikte mit besonderen persönlichen Merkmalen, bei denen ein qualifizierter Hintermann jemanden zur Ausführung des Verbrechens verleitet, den er zu Unrecht für einen Extraneus hält⁵.

-
- 1) Gallas Mat. I S. 147/148; Maurach AT, 2. Auflage, S. 533; H. Mayer, Strafrecht 1953 S. 319, neuerdings vorsichtiger: Strafrecht 1967 S. 155 ff; Less ZStw 69 (1957)/55
 - 2) Baumann, Strafrecht S. 561; Schönke-Schröder, Anm. 94 und Dreher, Anm. 1 B h vor § 47; a.A. aus nicht ersichtlichen Gründen: Mezger, Leipz. Komm. Anm. 3 d zu § 48 (vollendete Anstiftung)
 - 3) Beispiel: H, der die Verhaftung des X will, schwärzt X bei dem Polizisten A an. H irrt sich jedoch, wenn er glaubt, A täuschen zu können. A nimmt X jedoch trotzdem fest, um gegen X wegen anderer Dinge, für die er keinen Haftbefehl zu erlangen vermochte, in aller Ruhe ermitteln zu können.
 - 4) Beispiel: Divisionsrechtsrat H erklärt dem Wachsoldaten A bewußt wahrheitswidrig, es sei sein Recht und seine Pflicht, vor dem Kasernentor demonstrierende Kriegsdienstverweigerer mit Gewalt zu vertreiben. A erkennt zwar ganz genau, daß diese Auskunft falsch ist, sieht darin aber ein strafrechtliches Alibi zu einem gewaltsamen Vorgehen gegen die Demonstranten.
 - 5) Beispiel: Der zuständige Beamte H veranlaßt einen Kollegen, von dem er zu Unrecht annimmt, dieser dürfe keine öffentlichen Urkunden aufnehmen, zu einer Urkundenfälschung im Amt.

Zusammenfassend ist zu sagen, daß man in den Fällen, in denen ein Hintermann unvorsätzliches, rechtmäßiges oder schuldloses Handeln des Ausführenden zu veranlassen meint, in der Regel zu einer dem Strafbedürfnis entsprechenden Bestrafung gelangen kann. Die materiell-objektiven Theorien sind dabei allerdings gezwungen, zu gewissen Konstruktionen Zuflucht zu nehmen. Außerdem ist es mißlich, daß die verschiedenen Theorien zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Wenn es bei einer versuchten Verleitung bleibt, werden diese Differenzen praktisch bedeutsam. Wenn nämlich die Tat kein Verbrechen ist, vermag die objektive Theorie den Hintermann seinem Vorsatz entsprechend nur dann zu fassen, wenn man - wie Maurach und Hegler - versuchte Täterschaft annimmt. Es wäre jedoch ein seltsam anmutendes Ergebnis, wollte man den Hintermann im Hinblick auf den Versuch als Täter behandeln, bei Vollendung des Delikts aber wie einen Anstifter.

bb) Der Hintermann unterstützt den Ausführenden.

Dazu eine kleine Abwandlung des auf S. 37 wiedergegebenen Ausgangsfalles: H leiht sein Luftgewehr dem zur Tötung des Hundes entschlossenen A. Dabei glaubt er irrigerweise, A handle unvorsätzlich, weil er den Hund für herrenlos halte¹.

Da A in Wahrheit vorsätzlich handelt, fehlt H nach der materiell-objektiven Theorie die Tatherrschaft. Da er jedoch glaubt, im Gegensatz zu A den Sachverhalt allein richtig zu überschauen, vermeint er die Tatherrschaft zu haben². Maurach und Gallas strafen H daher wegen versuchter

1) Ebenso sind diejenigen Fälle zu behandeln, in denen der Hintermann fälschlicherweise annimmt, der Ausführende verhalte sich infolge eines Irrtums rechtmäßig oder wegen seines Einflusses schuldlos oder sei nicht Intraneus des fraglichen Sonderdeliktes (vgl. die obigen Beispiele S. 38 Anm. 3 bis 5)

2) Maurach AT S. 573; ferner Gallas Mat. I S. 140

Täterschaft¹. Ist der Versuch nicht mit Strafe bedroht, will Maurach H straflos ausgehen lassen². Gallas dagegen straft ihn mit Hilfe des argumentum a maiore ad minus "wie einen Gehilfen"³.

Nach der subjektiven Theorie entscheidet der animus des Hintermannes, sodaß je nach der Einstellung des H vollendete (mittelbare) Täterschaft oder Beihilfe vorliegt⁴.

Auch bei dieser Fallgestaltung hat die materiell-objektive Theorie ersichtlich mit Schwierigkeiten zu kämpfen. Es erscheint doch etwas zweifelhaft, wenn H grundsätzlich wegen versuchter Täterschaft bestraft wird, in den Fällen aber, in denen der Versuch straflos ist, jedoch plötzlich wegen vollendeter Beihilfe haften soll. Außerdem ergeben sich zwischen der materiellen und der subjektiven Theorie Differenzen im Ergebnis.

b) Der Hintermann verkennt Umstände, die das Handeln des Ausführenden straflos machen.

aa) Der Anstoß der Tat geht vom Hintermann aus.

Der Hintermann meint, der Ausführende handle vorsätzlich: Wenn der Hintermann H irrigerweise glaubt, der Ausführende A handle vorsätzlich, so sieht er sich subjektiv in der Rolle des Anstifters. Infolge der Vorsatzlosigkeit fällt ihm objektiv sogar die Tatherrschaft zu. Die Anhänger der materiell-objektiven Theorie kommen bei dieser Sachlage zu recht unterschiedlichen Ergebnissen. Nach einem gewichtigen Teil der Meinungen liegt hier nur versuchte Anstiftung vor⁵.

1) Maurach AT S. 573; ferner Gallas Mat. I S. 140

2) AT S. 573

3) Mat. I S. 140; im Ergebnis auch v. Uthmann NJW 1961/1909 und Roxin S. 272

4) Baumann JuS 1963/96 und Schönke-Schröder, Anm. 94 vor § 47

5) Maurach AT S. 573; Tröndle GA 1956/143; Mezger-Blei AT S. 266; Welzel, Strafrecht S. 123; Heinitz, Festschrift S. 106; Latagliata, Enciclopedia S. 579 Sp. 1; im Ergebnis aber auch BGHSt 9/382 und Bockelmann, Strafrechtliche Untersuchungen S. 95, 96

Demnach könnte H nur bei Verbrechen bestraft werden, ein Ergebnis, das zu Lücken führt. Andere befürworten vollendete Anstiftung¹. Wieder andere nehmen vollendete mittelbare Täterschaft an². - Nach einem Teil der subjektiven Theorie wird H seiner Vorstellung gemäß wegen vollendeter Anstiftung bestraft³; ein anderer Teil nimmt nur versuchte Anstiftung an⁴.

Entsprechendes gilt für die Fälle der Delikte mit strafbe-
gründenden persönlichen Merkmalen, bei denen ein Intraneus
einen Extraneus zur Tatausführung verleitet, den er irriger-
weise für einen Qualifizierten hält.

Der Hintermann glaubt irrigerweise, der Ausführende handle
rechtswidrig:

Beispiel: X greift A an, woraus ein Handgemenge entsteht.
Der hinzukommende H, der nicht weiß, daß sich A in einer
Notwehrlage befindet, reicht A seinen Schirm und fordert
ihn zum Zuschlagen auf. A schlägt mit dem Schirm solange
auf X ein, bis dieser von ihm abläßt.

H wollte zu rechtswidriger Tat anstiften; denn die Notwehr-
lage des A war ihm unbekannt. Da A aber in Wahrheit recht-
mäßig handelte, kann H nicht wegen Anstiftung bestraft
werden⁵. - Dieses Ergebnis entspricht nicht der Strafwür-
digkeit. Für das Gesetz ist nämlich bei der Notwehr gar
nicht so sehr der Erfolgsunwert entscheidend. Deshalb
reicht das objektive Vorliegen der Notwehrsituation zu
einer Rechtfertigung nach § 53 nicht aus. Das Gesetz will
vielmehr erst dann Straffreiheit gewähren, wenn auch der

1) Gallas Mat. I S. 139; Lackner-Maassen, Anm. 2 b zu § 50;
Schroeder ROW 1964/104; Roxin S. 269 und Dahm NJW 1949/
810. Dieses Ergebnis wollte auch der E 62 gesetzlich
festlegen (§ 32 Abs. 1).

2) H. Mayer, Rittler-Festschrift S. 270; v. Uthmann, Der
Urheber S. 39

3) Baumann, Strafrecht S. 561; Schönke-Schröder, Anm. 95
und Dreher, Anm. 3 B vor § 47

4) Ibs. der BGH und Bockelmann, vgl. S.40 Anm. 5 am Ende

5) In Betracht kommt allenfalls versuchte Anstiftung nach
§ 49 a (Mezger, Strafrecht 1960 S. 245)

Handlungsunwert beseitigt ist; es verlangt daher ein subjektives Rechtfertigungselement. Dieses Rechtfertigungselement hat H jedoch nicht¹.

Der Hintermann glaubt irrigerweise, der Ausführende handle schuldhaft: H bestimmt A, den er für geistig normal hält, dazu, ein Delikt auszuführen. A ist jedoch ein Geisteskranker ohne eigene Willenskraft.

In diesem Falle kommt dem H objektiv die Tatherrschaft zu; subjektiv sieht er sich allerdings als Anstifter. Die subjektive Theorie bestraft ihn daher auch gemäß seiner Vorstellung als Anstifter. Die objektive Theorie straft H "wie einen Anstifter", indem sie das argumentum a maiore ad minus heranzieht².

bb) Der Hintermann unterstützt den Ausführenden.

Der Hintermann nimmt irrigerweise an, der Ausführende handle vorsätzlich: Unter den Anhängern der materiell-objektiven Theorie herrscht keine Einigkeit darüber, wie derjenige zu bestrafen ist, der einen vorsatzlos Handelnden unterstützt, dabei aber glaubt, der Unterstützte handle mit Vorsatz. Fest steht nur soviel, daß der irrende Hintermann sich in der Rolle des Gehilfen sieht. Einige Schriftsteller wollen ihn "wie einen Gehilfen" strafen, wenn er objektiv die Tatherrschaft innehatte³. Die überwiegende Zahl der Objektivisten sieht dagegen in dem Verhalten des Hintermannes grundsätzlich nur eine versuchte Beihilfe⁴. Damit aber ginge der Hintermann straflos aus.

1) Entgegen h. M. straft Baumann (Strafrecht S. 597/598) den H wegen vollendeter Anstiftung. Seiner Meinung nach bedarf es für die Teilnahme keiner rechtswidrigen Haupttat; es genüge vielmehr, wenn sich der Teilnehmer eine rechtswidrige Haupttat vorstelle.

2) Gallas Mat. I S. 139

3) Gallas Mat. I S. 140 und Schroeder ROW 1964/104; H. Mayer (Strafrecht 1953 S. 329/330) will in diesen Fällen sogar mittelbare Täterschaft annehmen.

4) Maurach AT S. 573; Tröndle GA 1956/143; Heinitz, Festschrift S. 105/106; v. Uthmann NJW 1961/1910; Welzel, Strafrecht S. 124; aber auch BGHSt 9/382 und Bockelmann, Deutsche Beiträge S. 63

Dieses Ergebnis ist allerdings denkbar unbefriedigend. Man geht daher zum Teil dazu über, die Tat des H als Fahrlässigkeitsdelikt (!) zu ahnden¹. Abgesehen davon, daß dieses Resultat etwas kurios anmutet, ist eine derartige Bestrafung nur in den wenigen Fällen möglich, in denen das Gesetz einen entsprechenden Fahrlässigkeitstatbestand kennt.— Ein Teil der subjektiven Theorie bestraft H seinem Vorsatz entsprechend als Gehilfen², ein anderer Teil läßt ihn straflos ausgehen³.

Der Hintermann nimmt irrigerweise an, der Ausführende handle rechtswidrig; Mangels einer rechtswidrigen Haupttat kann der Hintermann in diesen Fällen überhaupt nicht bestraft werden. Dieses Ergebnis entspricht nicht der Strafwürdigkeit (vgl. oben A I 2 b aa: S.41/42).

Der Hintermann glaubt irrigerweise, der Ausführende handle schuldhaft: Die Lösung dieses Falles ist unter den Anhängern der subjektiven Theorie strittig. Während etwa Schönke-Schröder H je nach seinem animus als Täter oder Gehilfen strafen will, läßt Bockelmann derartige Fälle straflos⁴. - Gallas straft H "wie einen Gehilfen", wenn er objektiv die Tatherrschaft besaß. Ob dem alle Anhänger der materiell-objektiven Theorie zustimmen würden, ist angesichts der auf S.42 Anm.4 aufgeführten Stimmen fraglich.

cc) Abschließend ist zu A I 2 b zu sagen, daß sich bei irriger Annahme von Vorsatz, Qualifikation und Rechtswidrigkeit beim Ausführenden nach einem sehr beachtlichen Teil der Meinungen - ibs. der Rspr. - Lücken ergeben. Andere Stimmen vermeiden diese Lücken nur um den Preis z. T. recht zweifelhafter Konstruktionen. § 32 E 62 hätte immerhin die Lücken bei irriger Annahme vorsätzlicher Tat-

1) Welzel, Bockelmann und v. Uthmann in der vorigen Anmerkung

2) Baumann, Strafrecht S. 584; Schönke-Schröder, Anm. 95 vor § 47

3) Ibs. der BGH und Bockelmann, vgl. S.42 Anm.4

4) Mat. I S. 140

ausführung behoben und in diesen Fällen für klare und strafwürdigkeitsgerechte Ergebnisse gesorgt. Der Sonderausschuß für die Strafrechtsreform hat jedoch diese Bestimmung gestrichen, so daß § 32 E 62 nicht in das 2. StrRG übernommen wurde¹.

1) Sonderausschuß S. 1829 Sp. 2 ganz unten

II. Die Abstufung der Strafraumen.

Eine brauchbare Abstufung der Strafraumen muß zwei Voraussetzungen erfüllen: Die Abstufungsnormen müssen den gesetzlichen Strafwürdigkeitsvorstellungen entsprechen und sie müssen sich hinreichend voneinander abgrenzen lassen.

1. Die für die Strafwürdigkeit maßgeblichen Gesichtspunkte.

Es gibt recht zahlreiche Gesichtspunkte, die für die Strafwürdigkeit der Beteiligten eine Rolle spielen können. Das geltende und das kommende deutsche Strafrecht liefern allerdings keine präzisen Hinweise darauf, welche Gesichtspunkte maßgeblich sein sollen. Auch die Materialien zur Strafrechtsreform sind in dieser Hinsicht recht unergiebig. Man kann daher leider nicht sagen, daß die gesetzgeberischen Wertungsvorstellungen völlig klar zutage lägen¹.

Trotzdem soll im folgenden versucht werden, die maßgeblichen Wertungskriterien aufzuzeigen. Dabei werden sämtliche Kriterien herangezogen, die für die Strafwürdigkeit immer wieder besondere Beachtung gefunden haben. Mit Hilfe der Grundvorstellungen unseres Strafrechts wird dabei gemessen, welche Bedeutung den einzelnen Kriterien zukommen dürfte.

a) Beachtung verdienen vor allem die Ausführungshandlungen. Wenn es zur Ausführung kommt, ist die Zeit der Planung und der Vorbereitung vorbei; das Verbrechen steht in seiner entscheidenden Phase. Die Ausführung ist es außerdem, die in unmittelbarer Beziehung zu dem sozialen Schaden steht, den das Strafrecht hintanhaltend will. Für ein Tatstrafrecht - wie es unser Strafrecht ist - wird der Ausführende daher auch in der ersten Linie stehen, wenn es um die Zurechnung dieses Schadens geht. Daneben ist zu bedenken, daß es der Ausführende ist, der dem Opfer ins Auge schaut

1) So auch Roxin S. 12

und die Hemmungen zu überwinden hat, die angesichts der Nähe des sozialwidrigen Erfolgs auftauchen.

b) Ein besonderes Gewicht wird auch dem Beteiligten zu-
kommen, der sich am Tatort aufhält. Er macht durch seine jederzeitige Eingriffsmöglichkeit das Gelingen des Erfolges wahrscheinlicher, schüchtert den Bedrohten und eventuelle Hilfswillige ein und hält durch seine Anwesenheit die ausführenden Komplizen "bei der Stange". Leistet ein Beteiligter am Tatort Hilfe, so wird er von einigen ausländischen Rechten ausdrücklich unter die strafwürdigsten Beteiligten eingereiht¹.

c) Auch ein großer quantitativer Umfang der Beteiligung wird sich auf die Strafwürdigkeit auswirken. Ein derartiger Umfang der Beteiligung zeigt gesteigerte verbrecherische Energie.

d) Besondere Bedeutung hat ferner ein qualitativ hochwertiger Beitrag zum Delikt. Das gilt sowohl für den Bereich der Planung - so wenn jemand den "Dreh" findet - als auch für den der Vorbereitung und Durchführung, z. B. wenn jemand die Höllenmaschine konstruiert oder ortskundig ist. Dieses Kriterium der Notwendigkeit oder Unersetzlichkeit ist von jeher für die Strafwürdigkeit hoch eingeschätzt worden².

e) Zu den strafwürdigsten Beteiligten dürfte der Organisator des Verbrechens zählen³. Hierunter fällt der Gangsterboß ebenso wie der Schreibtischtäter politischer Verbrechen. Der Organisator lenkt die Zusammenarbeit der Beteiligten, sorgt dafür, daß die Mittel zur Durchführung des Verbrechens bereit stehen und sichert den Erfolg des Unternehmens ab. Er ist der "Motor" des Delikts.

1) Nachweise bei Roxin S. 41 ff

2) Nachweise bei Roxin S. 38 ff

3) So im ital. StGB Art. 112 Abs. 1 Nr. 2. Auch nach sowjetischem Recht ist der Organisator der strafwürdigste Beteiligte (dazu Schroeder, Der Täter S. 167 Anm. 2).

f) Wer sich auf Grund eines Befehls oder einer Weisung am Verbrechen beteiligt, dürfte dagegen milder zu beurteilen sein¹. Allerdings gibt es recht unterschiedliche Subordinationsverhältnisse: so beim Militär, bei der Polizei, im Geheimdienst, im Arbeitsrecht und im Recht des öffentlichen Dienstes, im Familienrecht und bei faktischen Über- und Unterordnungsverhältnissen (u. a. Verbrecherbanden).

g) Markant ist die Figur des intellektuellen Urhebers, als der Person, die die Straftat ins Rollen bringt.

h) Fraglich ist, inwieweit die Verführung anderer Beteiligter die Strafwürdigkeit des Verführers beeinflusst. Während der Gedanke der Korruption im Ausland z. T. große Bedeutung hat², verliert er in Deutschland mehr und mehr an Boden³.

i) Das UrhebergefühL (animus auctoris) wird sich wohl nur bei Personen einstellen, die sich bei dem Verbrechen besonders hervortun oder immer wieder zur Tat aufstacheln und antreiben.

1) Vgl. § 5 WStG, § 47 MStG v. 20.6.1872 i.d.F.v. 10.10.1940, sowie BGHSt 18/87 ff, ibs. S. 90/91 und 93/94

2) Die Verführung anderer Beteiligter ist z.B. nach § 36 Nr. 4 öE 68 erschwerender Strafzumessungsgrund. Nach Dietz 1957 S. 52 hängt das schweizerische Strafrecht noch heute der Schuldteilnahmetheorie an.

3) Schroeder, Der Täter S. 215, will den Korruptionsgedanken nicht einmal mehr bei der Strafzumessung berücksichtigt wissen (vgl. dazu auch die Erläuterungen zu § 28 Abs. 2 AE). Im Sonderausschuß für die Strafrechtsreform wurde die obligatorische Anwendung des Täterstrafrahmens auf den Anstifter jedenfalls nicht mehr mit dem Verführungsgedanken begründet (Sturm S. 1826 Sp. 1) - Heinitz, Festschrift S. 101 und H. Mayer, Rittler-Festschrift S. 261/262 dagegen messen diesem Gesichtspunkt noch großes Gewicht bei.

k) Ein sehr dubioses Kriterium ist das Interesse an der Tat¹. Auf den ersten Blick scheint es nur angemessen zu sein, daß derjenige, dem die Vorteile des Verbrechens zugute kommen, auch in vorderster Reihe steht, was das Risiko des Verbrechens - die Strafe - anlangt. Diese Überlegung dürfte aber allzu zivilistisch inspiriert sein. Wenn sich der am Verbrechen Interessierte aus Furcht vor Strafe an der Peripherie des Delikts hält, ist er wohl weniger strafwürdig als der, der sich ohne eigenes Interesse aus Geltungsdrang oder um des Nervenkitzels willen bei der Durchführung des Verbrechens auszeichnet².

2. Die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Beihilfe.

a) Die bedeutendsten Abgrenzungstheorien.

Für die Beihilfe ist nach § 49 Abs. 2 des geltenden und nach § 27 Abs. 2 des kommenden Strafgesetzbuchs eine fakultative bzw. eine obligatorische Strafmilderung vorgesehen. Daher besteht die Notwendigkeit, zwischen der Täterschaft (unmittelbare und mittelbare Täterschaft, Mittäterschaft) und der Beihilfe eine Grenze zu ziehen. Im geltenden StGB ist die unmittelbare und die mittelbare Täterschaft überhaupt nicht erwähnt; die Mittäterschaft ist dadurch gekennzeichnet, daß mehrere Personen die Tat "gemeinschaftlich ausführen" (§ 47), während vom Gehilfen gesagt wird, daß er "dem Täter ... Hilfe geleistet hat" (§ 49). Die praktische Handhabung des geltenden Strafgesetzes hat nun gezeigt, daß die Termini "gemeinschaftlich ausführen" und "Hilfe leisten" so sehr der Interpretation zugänglich sind, daß die Unterscheidung zwischen der (Mit)-Täterschaft und der Beihilfe kaum mehr auf diesem Gesetzeswortlaut aufbaut. Die Unterscheidung erfolgt vielmehr mit Hilfe von Abgrenzungskriterien, die die Wissenschaft und die Rspr. ent-

1) Nachweise ibs. bei Roxin S. 56 und Dietz 1957 S. 28

2) So ganz richtig Roxin S. 600 und Pedrazzi S. 117 Anm. 37 m.w. Nachw.

wickelt haben. Dazu haben sich die subjektive und die objektive Theorie mit ihren bekannten Varianten herausgeschält. Es stehen sich demnach gegenüber: die eingeschränkt-subjektive, die uneingeschränkt-subjektive Theorie und die Interessentheorie in der Art von RGSt 74/85, sowie die formal-objektive und die materiell-objektive Theorie. Wegen der Einzelheiten kann auf die Darstellung von Schwalm in der Festschrift für Engisch verwiesen werden¹.

Für das kommende Strafrecht (§ 25 des 2. StrRG) sind all diejenigen Täter, die die Tat selbst, durch einen anderen oder gemeinschaftlich mit anderen begangen haben. Gehilfe ist, wer einen anderen zu dessen Tat "Hilfe geleistet hat" (§ 27 Abs. 1). Der Gehilfe wird also mit denselben Wendungen gekennzeichnet wie im geltenden Recht. Bei der Mittäterschaft mußte der Begriff der gemeinschaftlichen Ausführung (§ 47 StGB) dem Begriff der gemeinschaftlichen Begehung (§ 25 Abs. 2 des 2. StrRG) weichen. Diese Änderung bringt jedoch sachlich nichts Neues. Der Begriff der Ausführung in § 47 wird schon seit langem i.S. der Begehung ausgelegt. Die Formulierungen des 2. StrRG sind daher bestens geeignet, den jetzigen Abgrenzungstheorien ein Fortleben zu garantieren. Eine gewisse Klärung bringt § 25 Abs. 1. In dieser Vorschrift wird die mittelbare Täterschaft anerkannt, so daß die formal-objektive Theorie (zumindest als umfassende Tätertheorie) ausgeschlossen ist. Es fragt sich ferner, ob der Begriff der Selbstbegehung in § 25 Abs. 1 nicht vielleicht auch die Interessentheorie und

1) S. 551/552

die uneingeschränkte subjektive Theorie auszuschalten vermag, so daß Urteile wie im Badewannenfall (RGSt 74/85) und im Stachynskijfall (BGHSt 18/87) für die Zukunft ausgeschlossen wären. Der Verfasser ist hier skeptisch. Man hat - wie Dreher¹ vor dem Sonderausschuß für die Strafrechtsreform erklärte - den von der Großen Strafrechtskommission vorgeschlagenen Begriff der Selbstausführung (§ 28 Abs. 1 E 1956) bewußt fallen gelassen und dafür den Begriff der Selbstbegehung eingeführt. Der Begriff der Selbstbegehung aber ist - wie im Sonderausschuß einhellig anerkannt wurde² - ein normativer, der Auslegung zugänglicher Begriff, der es in extremen Fällen doch erlauben soll, trotz eigenhändiger Vornahme der Ausführungshandlung nur Beihilfe anzunehmen. Es mag richtig sein, daß die Einfügung des Wortes "selbst" in den Gesetzestext ein legislativer Akzent ist; aber schließlich lautet ja auch schon der Leitsatz des Stachynskijurteils dahin, daß Beihilfe bei vollständiger eigenhändiger Tatausführung nur unter bestimmten engen Umständen angenommen werden könne. Der Begriff der Selbstbegehung wird wahrscheinlich das endgültige "Aus" für die Interessentheorie bedeuten. Es erscheint aber doch fraglich, ob die Rspr. die von ihr spätestens seit dem Stachinskijfall wieder verfochtene uneingeschränkte subjektive Theorie aufgeben wird, solange man dieser Theorie nicht einen eindeutigen Riegel vorschiebt.

Es steht daher zu erwarten, daß die wichtigsten der heute vertretenen Abgrenzungstheorien auf dem Boden des neuen StGB ebenso heimisch sein werden wie sie es auf dem Boden des geltenden Rechts sind.

1) Sonderausschuß S. 1825 Sp. 1

2) Dreher, Sturm, Schlee und Müller-Emmert, in: Sonderausschuß S. 1825 und S. 1826; a.A. ist die Begründung zu § 27 AE

b) Sind diese Abgrenzungstheorien strafwürdigkeitsgerecht?

aa) Die formal-objektive Theorie sieht als Täter nur diejenigen an, die die Tat ganz oder zumindest z. T. selbst ausführen. Die gesamten Hintermänner, die Drahtzieher und Gangsterbosse, die sich für die "Schmutzarbeit" zu schade sind, die aber ihre Leute so geschult und eingesetzt haben, daß sie "funktionieren", kommen damit weder als Mittäter noch als mittelbare Täter in Betracht. Wenn man ihnen daher nicht in concreto nachweisen kann, daß sie den Anstoß zur Tat gegeben haben - in diesem Falle unterliegen sie wenigstens als Anstifter der Täterstrafdrohung -, so fallen sie unter die (künftig obligatorische) Strafmilderung der Beihilfe. Diese Theorie birgt die Gefahr, daß ein großer Teil der strafwürdigsten Beteiligten in den Genuß einer Strafmilderung gelangen, ein denkbar unbefriedigendes Ergebnis.

bb) Diese Erwägungen gelten auch für den Teil der materiell-objektiven Theorie, die das Täterkriterium der Tatherrschaft nur dann bejahen, wenn jemand das verbrecherische Geschehen bis zuletzt beherrscht hat. Dann nämlich ist die Mittäterschaft wie bei der formal-objektiven Theorie auf die eigenhändige Mitwirkung an der Tatausführung beschränkt¹. Damit läßt sich aber ein beachtlicher Teil der strafwürdigsten Beteiligten ebensowenig erfassen wie mit der formal-objektiven Theorie. Roxin beugt diesem Ergebnis allerdings durch eine bis dahin kaum geahnte Ausweitung der mittelbaren Täterschaft vor². - Die anderen Anhänger der materiell-objektiven Theorie begreifen die Tatherrschaft weitherziger³.

-
- 1) Gallas Mat. I S. 137; Ordeig ZStrW 80 (1968)/933; H. Mayer, Strafrecht 1967 S. 161; Roxin S. 294/295 und 298, wobei er allerdings den Begriff der Ausführung neuartig weit auslegt.
 - 2) S. 193 ff, ibs. S. 242 ff; scharf dagegen Welzel, Strafrecht S. 100 und 106
 - 3) Maurach AT S. 559; Mezger-Blei AT S. 282; Schroeder ROW 1964/107 Sp. 2; Welzel, Strafrecht S. 110; Lackner-Maassen, Anm. 2 b zu § 47; Jescheck, Lehrbuch S. 453

Danach kann auch der Bandenchef, der bei der Ausführung nicht selbst Hand anlegt, sondern sich auf die Abschirmung und Überwachung beschränkt, als Mittäter bestraft werden. Nach dieser Auffassung besteht nicht die Gefahr, daß führende Hintermänner des Verbrechens in den Genuß der Straf-milderung gelangen.

Die Verwandtschaft der materiell-objektiven Theorie mit der formal-objektiven schimmert auch bei der Frage durch, ob Mittäterschaft ausnahmslos schon dann vorliegt, wenn jemand auf Grund eines gemeinsamen Tatplans einen Teil der Ausführungshandlung vornimmt. Nun gibt es allerdings einige Anhänger der Tatherrschaftslehre, die Beihilfe selbst dann für möglich halten, wenn jemand das ganze Delikt eigenhändig ausführt¹. Und Roxin kommt immerhin zu dem Ergebnis, daß die Vornahme eines Teiles der Ausführungshandlung jedenfalls nicht immer Tatherrschaft und damit Mittäterschaft begründet². Die übrigen Tatherrschafts-theoretiker sind jedoch alle der Auffassung, daß die eigenhändige Vornahme eines Teils der Ausführungshandlung ausnahmslos zur Mittäterschaft führt³. Ob diese Abgrenzung stets strafwürdigkeitsgerechte Ergebnisse verbürgt, läßt sich nur schwer sagen. Einerseits wirkt jeder, der sich eigenhändig an der Ausführung beteiligt - und sei es nur, daß er einen Teil der Ausführungshandlung vornimmt -, an der Endphase, der entscheidenden Phase des Delikts, mit. Er selbst überschreitet den "Rubikon" des Verbrechens. Hemmungen, die der Ausführungshandlung als unmittelbarer Deliktshandlung entspringen, überwindet er oder läßt sie gar nicht erst aufkommen. Als eine Person, die einen Teil

1) v. Weber S. 67; Rietzsch DJ 1943/311 Sp. 2. Auch Niese spricht auf S. 86 von den "unselbständigen Ausführenden" und ordnet die Tatherrschaft den Hintermännern zu (S. 84).

2) S. 138/139

3) Maurach AT S. 558; Welzel, Strafrecht S. 110; Schroeder, Der Täter S. 191; Mezger-Blei AT S. 282; Jescheck, Lehrbuch S. 453

der Ausführungshandlung vornimmt, ist er zudem ein Beteiligter, der am Tatort mitwirkt, was sein Tun besonders gefährlich macht (vgl. oben A II 1 b). - Trotzdem ist zu überlegen, ob die Vornahme eines Teiles der Ausführungshandlung derart ausschlaggebend für die Abgrenzung zwischen der Mittäterschaft und der Beihilfe - und damit für die Strafraumenabstufung - sein kann. Man denke etwa an einen Einschleichraub (§ 250 Abs. 1 Nr. 4), bei dem ein Beteiligter "Schmiere steht". Soll man die Entscheidung über dessen Beteiligungsform - und damit über die Strafmilderungsmöglichkeit - wirklich davon abhängen lassen, ob der "Schmieresteher" vor der Türe bleibt oder mit einschleicht und innen gleich hinter der Türe Wache hält?

cc) Von den subjektiven Theorien vermag die Interessentheorie eine Aussonderung der strafwürdigsten Fälle schon deshalb nicht zu gewährleisten, weil das Tatinteresse kein sicherer Maßstab für die Strafwürdigkeit ist (vgl. oben A II 1 k).

dd) Dagegen können die übrigen subjektiven Theorien, die den animus auctoris nach der Abhängigkeit des Geschehensablaufes vom Willen des einzelnen Beteiligten, nach dem Umfang und der Bedeutung seines Tatbeitrags, nach der inneren Einstellung zum Delikt und dem Tatinteresse feststellen, den Strafwürdigkeitsunterschieden bei der Beteiligung voll gerecht werden. Das erklärt vielleicht auch, warum die Rspr., die ja nicht abstrakte Fälle löst, sondern jeweils über das Schicksal eines Menschen befindet, ungeachtet der schon Jahrzehnte andauernden Angriffe aus der Wissenschaft, nicht von der subjektiven Theorie abgewichen ist (ebenso das schweizerische Bundesgericht¹; auch dieses Gericht judiziert auf Grund eines Gesetzes, das für die Beihilfe eine fakultative Strafmilderung vorsieht: Art. 25 schw. StGB).

1) BGE 69 IV 97; 76 IV 106; 77 IV 91. Vgl. aber auch S. 56 Anm. 1

c) Erlauben diese Theorien eine präzise Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe?

aa) Als maßgebliches Abgrenzungskriterium ist das Interesse an der Tat unbrauchbar. Es versagt vollkommen bei Delikten, die ausschließlich in fremdem Interesse vorgenommen werden¹ oder die jedenfalls auch im alleinigen fremden Interesse vorgenommen werden können². Im übrigen würde es zu eng sein, allein auf wirtschaftliche Vorteile abzustellen. Auf der anderen Seite wird man aber das Interesse nicht mit dem Beweggrund zur Tat gleichsetzen können; denn ein solcher ist bei jedem Beteiligten gegeben.

bb) Aber auch die uneingeschränkte subjektive Theorie, wie sie - von geringen Schwankungen abgesehen - i. b. v. von der Rspr. vertreten wird, läßt an Eindeutigkeit viel zu wünschen übrig. Bei ihren vielen Indizien für den animus auctoris ist nicht recht klar, welche Bedeutung dem einzelnen Indiz für die Feststellung des Täterwillens zukommt. Wie es um die Findung des animus auctoris in der Praxis steht, hat der BGH³ so ausgedrückt: "Die gebräuchliche Wendung, Mittäter sei, wer die Tat als eigene wolle, ist mißverständlich. Diese Willensrichtung ist keine innere Tatsache, die der Tatrichter bindend feststellen kann. Es handelt sich vielmehr um eine wertende Beurteilung." Was das eigentlich heißt, kann man daraus ersehen, daß Schwalm⁴ vor der Großen Strafrechtskommission unwidersprochen feststellen konnte, daß der animus auctoris insoweit nichts anderes als eine Fiktion eines psychischen Sachverhalts sei. In Wahrheit

1) Z.B. § 216 oder § 242 Abs. 1 Nr. 1 KO

2) Z.B. StGB: §§ 253 und 263; sowie E 62: §§ 235, 240, 243, 245, 252, 259, 276, 279 und 286

3) JR 1955/304, 305 Sp. 1 unten, ganz ähnlich BGHSt 8/393, 396

4) Schwalm Nschr. Bd. 2 S. 89; noch ausführlicher MDR 1955/371 Sp. 1, dazu auch in Englisch-Festschrift S. 551/552

behandle die Rspr. denjenigen als Täter, der "nach der Gesamtheit der äußeren und inneren Umstände der Tat für diese als maßgeblich bewertet wird. Dem Täter wird, nachdem ihn eine Ganzheitsbetrachtung als solchen erwiesen hat, der Täterwille, dem Teilnehmer der Teilnehmerwille, unterstellt. Die animus-Formel ist also eine Tarnung für die richterliche Wertung auf Grund einer Ganzheitsbetrachtung". Die Kommissionsmitglieder Krille und von Stackelberg, zwei erfahrene Praktiker, haben die Richtigkeit dieser Feststellungen Schwalm ausdrücklich bestätigt¹. Und Lackner-Maassen sprechen ein offenes Geheimnis aus, daß es überwiegend Strafwürdigkeitsgesichtspunkte sind, die für den jeweiligen animus letztlich den Ausschlag geben². Man muß daher feststellen, daß die uneingeschränkte subjektive Theorie keine präzise Abgrenzung zwischen der Täterschaft und der Beihilfe gewährleistet.

cc) Die eingeschränkt-subjektive Theorie ist hierin nicht viel besser. Sie sorgt zwar dafür, daß eine vollständige eigenhändige Tatausführung immer Täterschaft begründet; was aber die Abgrenzung von mittelbarer Täterschaft und Mittäterschaft gegenüber der Beihilfe betrifft, so liefert sie genauso vage Ergebnisse wie die uneingeschränkte subjektive Theorie.

dd) Die mangelnde Präzision bei der Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe war schon immer ein Grund, der der formal-objektiven Theorie Auftrieb gab. Es läßt sich nun einmal nicht übersehen, daß diese Theorie eine saubere Abgrenzung ermöglicht, denn das maßgebliche Kriterium der Ausführung ist eindeutig³. Die formal-objektive Theorie hat eben nur den entscheidenden Nachteil, daß sie den

1) Krille Nschr. Bd. 2 S. 99; v. Stackelberg Nschr. Bd. 2 S. 100; ebenso Bockelmann, Deutsche Beiträge S. 55 und neuerdings auch Dreher NJW 1970/217 - 219, ibs. Anm. 7

2) Anm. 2 a vor § 47

3) Das war denn auch der eigentliche Grund, weshalb Schwalm (Nschr. Bd. 2 S. 91) der Großen Strafrechtskommission zu überlegen gab, ob man nicht die formal-objektive Theorie neu beleben sollte.

Forderungen der Strafwürdigkeit nicht voll gerecht zu werden vermag¹.

ee) Mit der materiell-objektiven Theorie lassen sich strafwürdigkeitsgerechtere Ergebnisse erzielen. Strafwürdigkeitsadäquate Resultate verbürgen jedoch nur die Spielarten der materiell-objektiven Theorie, die zur Mittäterschaft keine eigenhändige Beteiligung an der Ausführung verlangen (vgl. oben S.52). Wo dann aber die Grenze zwischen der nichtausführenden Mittäterschaft und der bloßen Beihilfe verläuft, bleibt im Dunkeln.

Für Maurach² ist (auf Grund seiner Tatherrschaftstheorie) derjenige Mittäter, der "die Verwirklichung des Gesamterfolges je nach seinem Willen hemmen oder ablaufen lassen kann". Aber das hilft im Grunde nicht weiter. Es fragt sich nämlich, bis zu welchem Stadium des Verbrechens man diese Einflußmöglichkeit haben muß. Offensichtlich ist es nicht nötig, daß man sie bis in die letzte Phase des Delikts hinein besitzen muß, denn sonst könnten zur Mittäterschaft bloße Vorbereitungshandlungen wohl kaum ausreichen³. Auf die Frage aber, wie lange man nun schließlich den Geschehensablauf unter Kontrolle haben muß, damit man jemandem die Tatherrschaft zusprechen kann, gibt es keine rechte Antwort.

Welzel hebt für die Tatherrschaft nicht so sehr auf die Kontrolle über den Geschehensablauf ab. Bei ihm kann ein Mangel an eigenhändiger Beteiligung bei der Ausführung durch besonderen Eifer bei der Planung, der Einteilung der Tat-

1) Wo dieser Gesichtspunkt nicht bedeutsam ist, wird fast immer die formal-objektive Theorie bevorzugt. Das zeigt sich bei den ausländischen Rechten, bei denen sich die Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme nicht auf den Strafrahmen auswirkt und die auch die Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat kennen: so z. B. in Österreich (vgl. unten S.92) und in Frankreich (Dietz 1957 S. 22 ff); zum italienischen Recht vgl. unten S.128

2) AT S. 559

3) Gut dargestellt bei Roxin S. 294 unter II 2, der dies aber auf S. 280 bei der Lösung des dortigen Maurachfalls selbst hätte beherzigen sollen.

ausführenden und der Leitung ihres Einsatzes wettgemacht werden¹. Die Tatherrschaft baut danach also auf mehreren Komponenten auf, was das Ergebnis undurchsichtig macht. Viel Präzision darf man sich hiervon nicht erwarten. Daß die Kriterien weiterer führender Vertreter der materiell-objektiven Theorie genausowenig exakt sind, hat Ordeig² nachgewiesen. So kommt Roxin zu dem Ergebnis, es sei eine "in Wissenschaft und Praxis ... sehr beliebte Methode der Begriffshandhabung", die Frage nach der Tatherrschaft "durch eine Gesamtschau aller Umstände des konkreten Sachverhalts zu entscheiden"³. Von einigen bedeutenden Anhängern der materiell-objektiven Theorie wird auch gar nicht geleugnet, daß die Tatherrschaft (und damit die Täterschaft!) durch Wertung ermittelt wird⁴. Das ist aber doch genau das, was man der subjektiven Theorie und ibs. der Rspr. immer wieder vorgeworfen hat. Es kann daher kaum verwundern, wenn Schwalm⁵ eine "Vertauschung der Begriffe" zu sehen glaubt, bei der "anstelle der animus-Formel ... die Tatherrschaftsformel verwendet wird". Class⁶ geht sogar soweit, daß er den Begriff der Tatherrschaft unter die strafrechtlichen Generalklauseln einreicht und dazu neigt, ihm noch weniger Aussagegehalt beizumessen als den animus-Formeln.

Daß bei dieser durch Ganzheitsbetrachtung ermittelten Tatherrschaft Strafwürdigkeitserwägungen ein entscheidendes Gewicht erlangen (genauso wie bei der "Feststellung" des

1) Strafrecht S. 110

2) ZStrW 80 (1968)/925 - 928

3) S. 108 unter § 15

4) Gallas Mat. I S. 133; Mezger-Blei AT S. 284/285; Roxin S. 284; Franzheim, S. 37, der in der dortigen Anm. 7 die mangelnde Schärfe sogar als einen Vorteil bezeichnet.

5) Nschr. Bd. 2 S. 89 unten

6) In Festschrift für Eb. Schmidt S. 126 und die dortige Anm. 20

animus auctoris oder socii), dürfte auf der Hand liegen. So wird bei Maurach die Mittäterschaft eines Bandenchefs, der seine Anweisungen per Telefon gibt, denn auch ausdrücklich damit begründet, daß er "genauso als Täter strafwürdig" sei wie die ausführenden Bandenmitglieder¹.

Wie kein anderer hat sich Roxin bemüht, die Abgrenzung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe auf eine solide Grundlage zu stellen. Er beschränkt die Mittäterschaft auf die eigenhändige Beteiligung bei der Ausführung². Diese Abgrenzung verliert aber sofort wieder an Klarheit, wenn er den Begriff der Ausführung in neuartiger Weise auf sämtliche Handlungen erstreckt, die "eine Mitwirkung bei oder in unmittelbarem Zusammenhang mit der Tatbestandshandlung" darstellen³. Schließlich bringt er es sogar noch fertig, den oben zitierten telefonierenden Bandenchef als Mittäter zu fassen⁴. Durch diese Erweiterungen verliert jedoch seine Lehre an Prägnanz. Roxin gibt schließlich selbst zu, daß den von ihm zur Ermittlung der Tatherrschaft entwickelten Kriterien nur der Wert von Faustregeln zukomme; wer als Mittäter einzustufen ist, solle sich letztlich danach entscheiden, ob "jemand eine Funktion ausgeübt hat, die bei der konkreten Tatbestandsverwirklichung von wesentlicher Bedeutung war"⁵. Der Begriff der "wesentlichen Bedeutung" aber lädt zu einer wertenden Ganzheitsbetrachtung doch geradezu ein.

Angesichts dieser Lage läßt sich kaum noch bestreiten, daß Ganzheitsbetrachtung und Wertung auch bei der materiell-objektiven Theorie eine gewichtige Rolle spielen. Anders lassen sich wohl auch kaum die Divergenzen unter den An-

1) AT S. 560

2) S. 294/295 und S. 298 unter IV

3) S. 302 ff, Zitat auf S. 304

4) S. 280. Gegen die dafür gegebene Begründung gelten all die Einwendungen, die gegenüber der Lehre Maurachs (oben S. 56) vorgebracht wurden.

5) S. 284

hängern der Tatherrschaftslehre erklären, die von der Möglichkeit der Beihilfe trotz vollständig eigenhändiger Tatausführung bis zur Mittäterschaft ohne Vornahme irgendeiner Ausführungshandlung reichen (vgl. oben S. 51). Das nährt den Verdacht, daß die Plastizität und die sprachliche Kraft des Begriffs "Tatherrschaft" die Ganzheitsbetrachtung lediglich besser verdeckt als der recht farblose Begriff des Täterwillens. Eine wirklich überzeugende Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe hat jedenfalls auch die materiell-objektive Theorie nicht zu liefern vermocht.

3. Sonstige Abgrenzungen.

a) Auf den Strafrahmen wirkt sich auch die Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe aus. Der Anstifter unterliegt nämlich grundsätzlich dem vollen Täterstrafrahmen, während die Strafe des Gehilfen gemildert werden kann und künftig sogar gemildert werden muß. Diese Differenzierung bereitet jedoch keine Schwierigkeiten. Die Unterscheidung zwischen diesen beiden Mitwirkungsformen hängt entscheidend davon ab, ob der fragliche Beteiligte den Anstoß zur Tat gegeben hat (Anstiftung) oder nicht (Beihilfe).

b) Für die Delikte mit strafbegründenden besonderen persönlichen Merkmalen ist mit § 50 Abs. 2 n. F. eine wichtige Änderung eingeführt worden. Danach muß die Strafe für Teilnehmer, die Extranei sind, herabgesetzt werden. Täter sind von der Strafmilderung ausgeschlossen. Trotzdem führt dies nicht zu einer problematischen Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme. Nach deutschem Strafrecht können nämlich Extranei nie Täter, sondern immer nur Teilnehmer sein. Für die Entscheidung über die Strafabstufung des § 50 Abs. 2 kommt es also letztlich lediglich darauf an, ob ein Beteiligter das fragliche Merkmal gehabt hat oder nicht.

c) Noch eine Abgrenzung gibt es, bei der die Beteiligungsform für den Strafrahmen eine Rolle spielt. Grundsätzlich werden zwar Anstifter, unmittelbare und mittelbare Täter,

sowie Mittäter aus demselben Strafraumen bestraft. Bei einigen Vorschriften jedoch (z.B. §§ 123 Abs. 2, 223 a, 292 Abs. 2 StGB sowie 401 b Abs. 2 Nr. 1 AO) führt die Begehung der Tat in Mittäterschaft¹ zu einem geschärften Strafraumen. Aber auch in den übrigen Fällen ist ein Angeklagter beschwert, wenn er als Mittäter anstatt als Einzeltäter verurteilt wird, weil die Tatsache der Mitäterschaft zumindest bei der Strafzumessung erschwerend berücksichtigt werden kann². Daher besteht das Bedürfnis, zwischen der Mittäterschaft und der Einzeltäterschaft zu unterscheiden. Nachdem die Frage, ob zwei Personen zueinander im Verhältnis der Mittäterschaft oder im Verhältnis Einzeltäter/Gehilfe stehen, bereits oben unter A II 2 erörtert wurde, geht es hier nur noch um die Frage, wann zwei Personen Mittäter oder Nebentäter/Nebentäter, Mitäter oder mittelbarer Täter/unmittelbarer Täter, Mittäter oder Anstifter/unmittelbarer Täter sind.

Keine Schwierigkeiten bereitet die Abgrenzung zwischen der Mittäterschaft und der Nebentäterschaft. Entscheidend ist hierfür, ob die beiden Täter bewußt und gewollt zusammengewirkt haben oder nicht³.

Sehr undurchsichtig ist dagegen die Abgrenzung zwischen der Mittäterschaft und der mittelbaren Täterschaft, ein Problem, das auch für die Strafbarkeit wegen Versuchs von Bedeutung ist⁴. So ist z. B. völlig offen, wie etwa im Badewannenfall

1) Nach h. L. tritt die Strafschärfung nur in Fällen der Mitäterschaft ein: so i.B. die st. Rspr., BGH VRS 14/286, 287 m.w.Nachw. (vorsichtiger neuerdings BGH JZ 1969/801); Maurach AT S. 563; Welzel, Strafrecht S. 292; Mezger in Leipz. Komm., Anm. 8 zu § 47; a.A. Schönke-Schröder, Anm. 28 zu § 47, der hierfür nicht auf die Beteiligungsform der Mittäterschaft abstellt, sondern auf das Zusammenwirken mehrerer am Tatort.

2) BGHSt 11/18 und 19; 6/329, 330

3) Statt aller Schönke-Schröder, Anm. 27 zu § 47

4) Bei der Mittäterschaft beginnt der Versuch in jedem Falle erst dann, wenn einer der Mittäter zur Ausführung ansetzt. Dagegen wird bei der mittelbaren Täterschaft vielfach schon dann Versuch angenommen, wenn der mittelbare Täter auf den Tatmittler einwirkt (vgl. unten S. 188 und 189).

(RGSt 74/85) oder im Falle BGHSt 8/393 der veranlassende Hintermann zu bestrafen ist. Baumann, Blei, Busch und Eb. Schmidt plädieren hier für Mittäterschaft, während Lange, Maurach und das OLG Frankfurt mittelbare Täterschaft annehmen wollen¹. Die Aufstellung zeigt, daß beide Lösungen sowohl unter den Vertretern der subjektiven wie auch der objektiven Tätertheorien Anhänger haben. Das beweist einmal mehr, wie wenig alle beiden Theorien in der Lage sind, eindeutige Ergebnisse zu liefern.

Unsicher ist auch, wann ein Hintermann Mittäter und wann er bloß Anstifter ist. Was oben unter A II 2 über die Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe gesagt wurde, gilt hier entsprechend. Daß die subjektive Theorie keine klaren Ergebnisse zu liefern vermag, liegt daran, daß sie gleich mehrere Kriterien für den animus auctoris kennt, deren Gewicht im einzelnen nicht genau feststeht. Die Anhänger der Tatherrschaftslehre sind in 3 Gruppen gespalten. Die einen fordern zur Mittäterschaft eine wenigstens teilweise eigenhändige Ausführung; dazu zählen vor allem Gallas, H. Mayer und Ordeig². Andere sind großzügiger, verlangen aber immerhin noch eine große Tatnähe; hier sind vor allem Maurach, Jescheck, Schroeder und Roxin zu nennen³. Die dritte Gruppe endlich sieht in jedem engagierten Anstifter einen Mittäter; dazu sind ibs. Welzel, Busch und Blei zu rechnen⁴. Daß hinter diesen Einstufungen oft Straf-
würdigkeitserwägungen stecken, ergibt sich deutlich aus der Darstellung von Roxin und aus den Beispielen von Blei⁵.

-
- 1) Baumann JuS 1963/88 Sp. 2; Mezger-Blei AT S. 285; Busch, Moderne Wandlungen S. 18; Eb. Schmidt ZStrW 78 (1961)/104; Kohlrausch-Lange, Anm. 5 B 2 f vor § 47; OLG Frankfurt SJZ 1947/630
 - 2) Gallas Mat. I S. 137; H. Mayer, Strafrecht 1967 S. 161 und Ordeig ZStrW 80 (1968)/933
 - 3) Maurach AT S. 559; Mezger-Blei AT S. 282; Schroeder ROW 1964/107 Sp. 2; bezüglich Roxins vgl. die Anm. 2 - 4 auf S. 58
 - 4) Welzel, Strafrecht S. 124 oben; Busch, Moderne Wandlungen S. 18; Mezger-Blei AT S. 285
 - 5) Roxin S. 298 - 300; Mezger-Blei AT S. 285

d) Die Abgrenzung zwischen der mittelbaren Täterschaft und der Anstiftung ist in diesem Zusammenhang, wo es um die Differenzierung verschieden schwerer Beteiligungsformen geht, nur von geringem Interesse. Es hat zwar Stimmen gegeben, die die Anstiftung für strafwürdiger erachteten als die mittelbare Täterschaft¹. Auf der anderen Seite steht § 28 Abs. 2 AE, der für die Anstiftung eine gegenüber der (mittelbaren) Täterschaft fakultative Strafmilderung eingeführt wissen wollte. Es gab auch Vorschläge, wenigstens für die Anstiftung zum Mord eine Strafmilderung zuzulassen. Diese Tendenzen haben jedoch beim Gesetzgeber kein Gehör gefunden². Die Abgrenzung zwischen mittelbarer Täterschaft und Anstiftung ist daher nur im Hinblick auf die Akzessorietät der Teilnahme von Bedeutung, d. h. für das Lückenproblem (oben A I) und für die Versuchsstrafbarkeit (unten E IV). Eindeutig kann diese Abgrenzung aber keinesfalls genannt werden. Da sind einmal die nun schon wohlbekannten Schwierigkeiten der subjektiven und objektiven Täterlehren. Dazu kommt der Streit, ob mittelbare Täterschaft auch dann möglich ist, wenn der Ausführende vollverantwortlicher Täter ist³. Und da ist vor allem auch die umstrittene Lehre Roxins, die den Anwendungsbereich der mittelbaren Täterschaft stark ausdehnt⁴.

1) Ibs. Gallas Mat I S. 144

2) § 30 des 2. StrRG; vgl. auch die Diskussion und das ein-
stimmige Abstimmungsergebnis im Sonderausschuß für die
Strafrechtsreform (Sonderausschuß S. 1829 Sp. 1)

3) Problem des Täters hinter dem Täter. Bejahend ibs.
Bockelmann Nschr. Bd. 12 S. 143; Dreher Nschr. Bd. 12
S. 144; Kohlrausch-Lange, Anm. I 5 B 2 f vor § 47;
Maurach AT S. 536; Roxin S. 211 ff und 242 ff und
Schroeder, Der Täter S. 119 ff, wobei die Meinungen
dieser Autoren trotz grundsätzlicher Einigkeit im ein-
zelnen durchaus differieren.
Verneinend ibs. Gallas Mat. I S. 134; Jescheck, Lehr-
buch S. 443; H. Mayer, Strafrecht 1953 S. 313 und Welzel
SJZ 1947/650

4) Roxin S. 193 - 251; scharf dagegen Welzel S. 100 und 106

B. Grundsätzliches zum Einheitstäterbegriff.

I. Das sachliche Anliegen des Einheitstäterbegriffes.

Einheitstäterschaft bedeutet die Aufgabe der Differenzierung zwischen Täterschaft und Teilnahme zugunsten eines einheitlichen, die Teilnahmeformen umfassenden Täterbegriffes¹. Sämtliche Verbrechensbeteiligte werden somit zu Tätern; die Teilnahme fällt weg.

II. Die Begriffsmerkmale von Täterschaft und Teilnahme.

Damit alle Beteiligte Täter werden, muß man dafür sorgen, daß alle Beteiligten - ibs. die bisherigen Teilnehmer - das für die Täterschaft kennzeichnende Merkmal aufweisen. Von einer gesetzlichen Verankerung des Einheitstäterbegriffes kann keine Rede sein, wenn sich ergibt, daß irgendwelche Beteiligte noch das für die Teilnahme charakteristische Merkmal besitzen. Will man also den Einheitstäterbegriff verwirklichen, muß man wissen, was den Täter und was den Teilnehmer auszeichnet.

Geht man vom restriktiven Täterbegriff² aus, so erscheinen die Teilnahmevorschriften als Tatbestandsausdehnungsvor-

-
- 1) Gallas Nschr. Bd. 2 S. 67, h.M.; a.A. jedoch Kienapfel, der das Wesen der Einheitstäterschaft nur in der Vereinheitlichung der Strafraumen für alle Beteiligte sieht (S. 25 mit den Nachweisen der h. M. in der dortigen Anm. 61).
 - 2) Was hierunter zu verstehen ist, ist nicht immer ganz klar. Ganz überwiegend meint man damit einen Täterbegriff, der sich an der in den Tatbeständen des BT umschriebenen Ausführungshandlung orientiert (so ibs. Gallas Mat. I S. 133; Welzel, Strafrecht S. 99; Maurach AT S. 558 und Schönke-Schröder, Anm. 5 vor § 47). Als Anhänger des restriktiven Täterbegriffes bezeichnet sich aber auch Baumann (Strafrecht S. 533), obwohl er sich bei der Bestimmung der Täterschaft weitgehend von der Ausführungshandlung löst (Strafrecht S. 546/547). Sein Bekenntnis zum restriktiven Täterbegriff rührt nur daher, daß er einen primären Täterbegriff befürwortet. Er sieht nämlich jede Erfolgsverursachung, die mit animus auctoris vorgenommen wird, als Täterschaft an, im Gegensatz zum sekundären Täterbegriff, der nur die Erfolgsverursachungen als Täterhandlungen gelten läßt, die nach Abzug der Teilnahmehandlungen noch übrig bleiben (so etwa BGHSt 3/5).

schriften, weil die Teilnahmehandlungen ohne die Teilnahmevorschriften strafrechtlich nicht erfaßt wären¹. Präziser ausgedrückt heißt das, daß nur die Täter unter die Tatbestände des BT fallen, während die Teilnehmer nicht hierunter fallen und deshalb nur auf Grund der Teilnahmevorschriften des AT in den Bereich des Strafbaren fallen. Der Täter ist also dadurch gekennzeichnet, daß er unmittelbar auf Grund der Tatbestände des BT haftet, der Teilnehmer dadurch, daß er nur unter Rückgriff auf die §§ 48 und 49 bestraft werden kann. Für den restriktiven Täterbegriff ist daher anerkannt, daß die "Tatbestandsmäßigkeit ... das die Täterhandlung von der Teilnehmerhandlung unterscheidende Merkmal" ist².

Es fragt sich, ob diese Feststellung auch gilt, wenn man vom extensiven Täterbegriff³ ausgeht. Von diesem Täterbegriff ausgehend pflegt man die Teilnahmevorschriften als "Strafeinschränkungsgründe" zu bezeichnen⁴. Das kann zweierlei bedeuten:

Einmal, daß auch die Handlungen der Teilnehmer unmittelbar unter die Tatbestände des BT fallen. In diesem Falle würden auch die Teilnehmer tatbestandsmäßig handeln. Die Teilnahmevorschriften würden somit nur gewisse Abmilderungen des allgemeinen Strafrahmens normieren, nicht anders als z. B.

-
- 1) Baumann, Strafrecht S. 532; Maurach AT S. 526; Welzel, Strafrecht S. 99; Schönke-Schröder, Anm. 9 und Lackner-Maassen, Anm. 1 vor § 47; Latagliata S. 66; Pedrazzi S. 6
 - 2) Gallas, Deutsche Beiträge S. 10. Vgl. ferner die auf S. Anm. wiedergegebenen Zitate von Strathenwerth und Schroeder.
 - 3) Darunter versteht man auf der Grundlage der lex lata einen weiten, aber durch Teilnahmevorschriften eingegengten Täterbegriff. Im älteren Schrifttum, im Bericht zur Strafrechtsreform 1933-1939, in den Beratungen der österreichischen Strafrechtskommission, sowie in der italienischen Literatur ist mit dem Ausdruck "extensiver Täterbegriff" meist der Einheitstäterbegriff gemeint.
 - 4) Baumann, Strafrecht S. 532; Lackner-Maassen Anm. 1 und Schönke-Schröder, Anm. 11 vor § 47; Welzel, Strafrecht S. 99; Nowakowski, Strafrecht S. 96; Pedrazzi S. 8

§ 51 Abs. 2, dessen Strafmilderung auch nichts an der Tatbestandsmäßigkeit einer solchen Handlung ändert. - Das kann aber auch bedeuten, daß die Teilnahmevorschriften die Teilnahmehandlungen aus dem Kreis der tatbestandsmäßigen Handlungen herauslösen und eigens unter Strafe stellen. Wenn es so wäre, würden also die Teilnahmehandlungen nicht unter die Tatbestände des BT fallen. Damit wäre auch beim extensiven Täterbegriff die Tatbestandsmäßigkeit dasjenige Merkmal, das die Täterhandlungen von den Teilnehmerhandlungen unterscheidet. Es gilt daher zu klären, ob nach diesem Täterbegriff nur die Täter oder ob vielleicht auch die Teilnehmer tatbestandsmäßig handeln.

Nach dem extensiven Täterbegriff haben die Teilnahmevorschriften einen recht eigenartigen Charakter. Das hängt mit dem theoretischen Ausgangspunkt dieses Täterbegriffs zusammen. Danach würden die Tatbestände des BT alle Erfolgsverursachungen erfassen, wenn es keine Teilnahmevorschriften gäbe. Die Teilnahmevorschriften entziehen also den Tatbeständen diejenigen Erfolgsverursachungen, die sich als Anstiftung und Beihilfe darstellen. Insoweit erweisen sie sich zunächst als "Tatbestandseinschränkungsgründe"¹. Teilnahmehandlungen sind somit nicht tatbestandsmäßig.

Tatbestandsmäßig ist nur der Teil von Erfolgsverursachungen, der nach Abzug der Teilnahme noch übrig bleibt. Diese nicht-tatbestandsmäßigen Erfolgsverursachungen, die sich als Anstiftung und Beihilfe darstellen, werden durch die §§ 48 und 49 wiederum in den Bereich des Strafbaren einbezogen, falls eine tatbestandsmäßig-rechtswidrige Erfolgsverur-

1) Schroeder, Der Täter S. 191; Lange, Täterbegriff S. 20 und 53; Ammann S. 129

sachung (Täterhandlung) vorliegt. Insoweit erweisen sich die Teilnahmevorschriften auch als Tatbestandsausdehnungsvorschriften. Daß die Teilnahmevorschriften bei den echten Sonderdelikten tatbestandsausdehnend wirken, ist ohnehin allgemein bekannt¹. Dieser vielleicht etwas kurios anmutende Charakter der Teilnahmevorschriften rührt daher, daß Teilnahmevorschriften für einen extensiven Täterbegriff wegen seines theoretischen Ausgangspunktes im Grunde Fremdkörper sind².

Es erweist sich damit, daß auch nach dem extensiven Täterbegriff die Tatbestandsmäßigkeit dasjenige Merkmal ist, das die Täterhandlung von der Teilnehmerhandlung unterscheidet. Schröder hat daher Recht, wenn er es als "ganz selbstverständlich" bezeichnet, daß Täter immer derjenige und nur derjenige sei, der tatbestandsmäßig handle, und zwar ganz gleich, von welchem Täterbegriff man ausgehe³. Die Tatbestandsmäßigkeit des Handelns also ist es, die jemand zum Täter macht.

1) Vgl. z. B. Mezger in Leipz. Komm., Anm. 3 vor § 47

2) Das meint etwa Schröder, wenn er in der ZStrW 57 (1938)/467 schreibt: "Ein extensiver Täterbegriff mit Teilnahmevorschriften ... ist kein extensiver Täterbegriff mehr."

3) ZStrW 57 (1938)/464; ebenso Lange, Täterbegriff S. 39 und Ammann S. 152

Das ist heute ganz überwiegend anerkannt, und zwar sowohl unter den Anhängern des restriktiven als auch denen des extensiven Täterbegriffes¹. Teilnehmer dagegen handeln

-
- 1) Baumann, Strafrecht S. 531 charakterisiert den "Täter ... als Verletzer einer Strafrechtsnorm des BT". Blei (Mezger-Blei AT S. 255) differenziert "zwischen dem Täter (...), der tatbestandlich gehandelt, und dem Teilnehmer (...), der fremdes tatbestandsmäßiges Handeln verursacht hat". Gallas (Deutsche Beiträge S. 10) sieht "in der Tatbestandsmäßigkeit ... das die Täterhandlung von der Teilnehmerhandlung unterscheidende Merkmal". Goetzeler (SJZ 1949/845) lehrt: "Wer den Tatbestand ... erfüllt, gleichgültig ob mittelbar oder unmittelbar handelnd, ist Täter." Jeschek, Lehrbuch S. 428: "Täter ist der namenlose "wer", mit dem die meisten Tatbestände beginnen." (Ganz ähnlich Bode S. 34 und Schwander S. 124). Lackner-Maassen (Anm. 1 vor § 47): "Täterschaft ist eigene ... Tatbestandsverwirklichung, Teilnahme Beteiligung an fremder Tatbestandsverwirklichung." Lange (Kohlrausch-Lange, Anm. 1 vor § 47): "Täter ist, wer dem Tatbestand entsprechend handelt." Maurach AT S. 524 spricht von dem "dem ... Tatbestand zu entnehmenden Täterbegriff". H. Mayer, Strafrecht 1953 S. 305: "Die gesetzlichen Grundlagen des Täterbegriffes liefern die Tatbestandsbeschreibungen des BT." Nach Roeder (ZStrW 69 (1957)/232) "ist zur Täterschaft stets eigene Tatbestandsverwirklichung erforderlich". Für Roxin S. 616 "ist, wer wesentlich und willentlich den Tatbestand erfüllt, Täter". Schroeder, Der Täter S. 191: "Die Annahme von Beihilfe verbietet sich jedoch infolge der Tatbestandsmäßigkeit der betreffenden Handlung." Strathenwerth (Juristenjahrbuch 1961/62 S. 209) findet es "nur konsequent, daß der Teilnehmer den Tatbestand nicht verwirklicht". Und bei Welzel, Strafrecht S. 98 heißt es: "Darum sind ... ibs. der Tatbestand und seine Grenzen für die Bestimmung des Täters maßgebend." A n d e r e r A n s i c h t i s t Lüderssen (S. 25). Er vertritt die Auffassung, daß "auch der Teilnehmer tatbestandsmäßig handelt". Ferner Piotet ZStrW 69 (1957)/40 Anm. 56: "Der Begriff Tatbestand gibt für die Unterscheidung von Täter und Teilnehmer nichts her". Aber auch nach den Ausführungen des Bundesgerichtshofs soll es möglich sein, daß Personen, die den Tatbestand verwirklichen, Teilnehmer sind. Nach BGHSt 8/73 (ganz ähnlich BGHSt 18/90) kann nämlich "auch Gehilfe sein, wer den vollen Tatbestand selbst verwirklicht". Zu dieser Formulierung vgl. ibs. unten C I 5.

nicht tatbestandsmäßig¹.

III. Wie verwirklicht man den Einheitstäterbegriff?

Diese Erkenntnis, daß man durch tatbestandsmäßiges Handeln zum Täter wird, während die Teilnahme ihrem Wesen nach immer eine nicht-tatbestandsmäßige Beteiligung ist, liefert den Schlüssel dazu, wie man zum Einheitstäterbegriff gelangt. Sollen alle Beteiligte zu Tätern gemacht werden und soll die Teilnahme wegfallen - das ist das sachliche Anliegen des Einheitstäterbegriffes -, so muß man dafür Sorge tragen, daß sowohl die Täter i. eng. S. als auch die bisherigen Teilnehmer tatbestandsmäßig handeln. Die Einheitstäterschaft erfordert also, daß "die Tatbestände des BT ... durch jede Form der Beteiligung erfüllt werden"².

Das und nur das führt zur Einheitstäterschaft. Es genügt daher nicht, daß man für sämtliche Beteiligten lediglich denselben Strafraumen vorsieht. Das wird allerdings fast durchwegs richtig erkannt³. Die Gleichstellung aller Beteiligten im Strafraumen kann daher in keiner Weise eine Antwort auf die Frage geben, ob ein Gesetz dem Einheitstäterbegriff folgt oder zwischen Täterschaft und Teilnahme differenziert.

1) Siehe die in der vorhergehenden Anmerkung gegebenen Literaturnachweise (ihs. Blei, Gallas, Lackner-Maassen, Schroeder, Strathenwerth und BGH). Daß die Teilnehmer auch vom extensiven Täterbegriff her gesehen nicht tatbestandsmäßig handeln, vgl. vor allem auch S.65 und die dortigen Zitate von Schroeder, Ammann und Lange.

2) Amtl. Begr. z. öE 68 S. 79 Sp. 1.

3) v. Dohnanyi S. 108; Schröder ZStrW 57 (1938)/466; Zimmerl ZStrW 54 (1935)/587; Serini, ö.Protokolle S. 868; Cramer NJW 1969/1934 Sp. 1; a.A. anscheinend v. Uthmann, Der Urheber S. 52/53, wenn er im französischen code pénal den Einheitstäterbegriff verwirklicht zu sehen glaubt; ferner Kienapfel gemäß seiner Definition S. 25.

Zur Verankerung der Einheitstäterschaft reicht es auch nicht aus, daß man die Begriffe "Teilnahme", "Anstiftung" und "Beihilfe" aus dem Text des Gesetzes verbannt¹. Wenn sich nämlich erweist, daß es eine strafbare Beteiligung gibt, die nicht tatbestandsmäßig ist, so ist das eine Teilnahme, auch wenn sie nicht ausdrücklich als solche bezeichnet ist. Der Einheitstäterbegriff ist nur dort gesetzlich verankert, wo jede strafbare Beteiligung unter die Tatbestände des BT fällt. Aufgabe der Vorschriften über die Einheitstäterschaft ist es gerade, festzulegen, daß nicht nur derjenige tatbestandsmäßig handelt, der die unmittelbare Ausführungshandlung selbst vornimmt, sondern auch derjenige, der zu ihr "anstiftet" oder "beihilft"². Der eigentliche Gegensatz zwischen den verschiedenen Täterbegriffen besteht gerade darin, daß die Tatbestände des BT je nach Täterbegriff einen verschiedenen Inhalt haben³. So fallen nach dem formal-objektiven Täterbegriff nur die unmittelbar Ausführenden unter die Tatbestände, nach dem materiell-objektiven Täterbegriff auch all die Beteiligten, die die Tatherrschaft besitzen; nach dem subjektiven Täterbegriff erfassen die Tatbestände des BT nur die Beteiligten mit animus auctoris, nach dem Einheitstäterbegriff dagegen unterschiedslos alle Beteiligten.

IV. Die Wirkungsweise der Vorschriften über die Einheitstäterschaft.

Um den Einheitstäterbegriff zu verwirklichen, muß man dafür sorgen, daß alle strafwürdigen Beteiligungshandlungen unter die Tatbestände des BT fallen. Das wirft die Frage auf, wie man das gesetzestechnisch erreicht. Naheliegend

1) So ganz richtig Cramer NJW 1969/1931 Sp. 2 und 1934 Sp. 2

2) Nowakowski, Ü.Protokolle S. 860; ganz ähnlich Handler, Ü.Protokolle S. 857. Daß zur Einheitstäterschaft stets tatbestandsmäßiges Verhalten erforderlich ist, kommt auch bei den in den Anmerkungen im Kapitel F I zitierten Autoren zum Ausdruck; besonders klar z. B. v. Cramer StrAbh 354/46.

3) Schröder ZStrW 57 (1938)/464

wäre es, die Tatbestände so zu fassen, daß sie schon von ihrem Wortlaut her sämtliche Mitwirkende ergreifen könnten. Hierbei müßte man sich auf das besinnen, was allen Formen der Beteiligung gemeinsam ist, nämlich die vorsätzliche¹ Verursachung der äußeren Merkmale des Verbrechens. Bei echten Erfolgsdelikten würde also die Verursachung des - eventuell unter gewissen Modalitäten zu bewirkenden - Erfolgs unter Strafe gestellt, so daß § 223 a etwa folgenden Wortlaut hätte: "Wer vorsätzlich² verursacht, daß ein anderer mittels einer Waffe ... körperlich verletzt wird, wird ... bestraft." Delikte, bei denen besondere persönliche Merkmale strafbegründend wirken, wären - abstrakt ausgedrückt - etwa so zu formulieren: "Wer vorsätzlich verursacht, daß ein Qualifizierter dies oder jenes bewirkt, wird ... bestraft³." Bei den schlichten Tätigkeitsdelikten (z. B. § 368 Nr. 9: Gehen über einen fremden Acker vor beendeter Ernte) würde die Strafdrohung an die eigenhändige Vornahme der Tätigkeit bzw. deren Verursachung geknüpft sein.

1. Die Normen über die Einheitstäterschaft als Interpretationsvorschriften.

Wenn man die Tatbestände des BT so faßte, daß schon von ihrem Wortlaut her alle Beteiligten darunter fallen würden,

-
- 1) Eine fahrlässige Teilnahme oder Beteiligung ist dem geltenden deutschen Recht unbekannt (vgl. Roxin S. 559 - 577 und unten S. 154 Anm. 1). Von sämtlichen Beteiligungsformen gibt es bei fahrlässigem Handeln daher nur die Täterschaft. Da eine Differenzierung der Beteiligungsformen bei fahrlässigem Verhalten somit nicht zur Debatte steht und ohnehin nur Täterschaft in Betracht kommt, geht die vorliegende Arbeit auf die Fahrlässigkeitsdelikte nicht näher ein.
 - 2) Das Wort "vorsätzlich" in den Tatbeständen des BT erspart man sich, indem man in den AT des Gesetzes eine Vorschrift einfügt, wonach mangels abweichender Bestimmung immer nur vorsätzliches Handeln bestraft wird (so § 15 des 2. StrRG; § 5 OWiG; § 4 Abs. 2 S. 2 öE 68 und Art. 42 c.p.i.)
 - 3) So liest z.B. Nowakowski (JZ 1956/550 Anm. 83 und Strafrecht S. 102) die Tatbestände der Sonderdelikte und eigenhändigen Verbrechen.

so könnte niemand bezweifeln, daß sämtliche Formen der Beteiligung tatbestandsgemäß wären. Damit wäre die Einheitstäterlösung eindeutig und klar im Gesetz verankert. Gleichwohl ist es nicht opportun, die Tatbestände des BT so auszugestalten. Der Grund hierfür würde schnell ersichtlich werden, wenn man die Tatbestände so zu formulieren versuchte, daß sie bereits von ihrem bloßen Wortlaut her alle Beteiligten erfassen würden.

In diesem Falle würden die Tatbestände aufgebläht. Viele von ihnen würden gekünstelt wirken und die für ein Strafgesetz erforderliche Anschaulichkeit vermissen lassen. Ein Blick in das norwegische StGB vom 22.5.1902, das diesen Versuch gemacht hat, zeigt das deutlich. Man beläßt es daher besser bei der herkömmlichen Fassung der Tatbestände, die i. a. auf denjenigen zugeschnitten sind, der das Verbrechen allein und mit eigener Hand ausführt. In den AT des Gesetzes stellt man jedoch eine Vorschrift ein, die klarstellt, daß die Tatbestände nicht nur die eigenhändige Deliktsausführung erfassen wollen, sondern umfassend zu verstehen sind. Wer demnach im Falle der Beteiligung die Tatbestandsmäßigkeit einer Handlung prüft, hat auf Grund dieser Norm des AT die Tatbestände so zu lesen, als stünde dort die vorsätzliche Verursachung des tatbestandsmäßigen Erfolges unter Strafe¹. In einem Einheitstätersystem bewirken die Vorschriften über die Beteiligung keine Erweiterung der Strafbarkeit über die Tatbestände des BT hinaus. Sie sind demnach nicht strafkonstitutiver Natur wie die Teilnahmevorschriften, sondern

1) Gallas Mat. I S. 127; Kadečka, Gesammelte Aufsätze S. 92

haben rein deklaratorischen Charakter¹. Sie haben zu sichern, daß die ihrer sprachlichen Fassung nach auf die alleinige und eigenhändige Deliktsausführung zugeschnittenen Tatbestände des BT nicht entsprechend ihrer engen Formulierung, sondern in dem vom Gesetzgeber gewollten umfassenden Sinne ausgelegt werden. Sie geben den Tatbeständen des BT daher eine "authentische Interpretation"², die den Gesetzesanwender dazu anhält, auch die nichtausführenden Beteiligungshandlungen und - bei Sonderdelikten - auch die Handlungen nichtqualifizierter Teilnehmer als tatbestandsgemäß anzusehen.

Derartige, den engen Wortlaut der Tatbestände korrigierende "authentischen Interpretationen" sind nichts Außergewöhnliches. So normiert etwa § 13 des 2. StrRG das Begehen durch Unterlassen, weil die in ihrer sprachlichen Ausformung auf ein Begehen durch Tun zugeschnittenen Tatbestände des BT eigentlich nicht ergeben, daß in gewissen Fällen auch ein Unterlassen tatbestandsmäßig ist³.

Eine authentische Interpretation erfahren die Tatbestände des BT aber auch durch die Vorschriften über die Mittäter-

-
- 1) So wortwörtlich: Latagliata, I principi S. 43; Ranieri S. 437 und S. 438; Gabrieli Arch.pen. 1957 I 100 und Salama S. 83. Sinngemäß auch Zimmerl ZStrW 52 (1932)/168 und Pedrazzi S. 12. Nowakowski (8Protokolle S. 860) bezeichnet die Vorschriften über die Einheitstäterschaft als Auslegungsregel.
 - 2) Diese Kennzeichnung stammt von Kadečka (Gesammelte Aufsätze S. 93) und wurde von Nowakowski (ÖJZ 1953/601 Sp. 1), Rittner AT S. 271 und Roeder (Die Erscheinungsformen S. 73 Anm. 69 a) übernommen.
 - 3) Amtl. Begr. z. E 62, S. 124 Sp. 1; ebenso Amtl. Begr. z. öE 68 S. 61 Sp. 1. In Frankreich und Belgien z. B. lehnt man die Bestrafung unechter Unterlassungen mangels Tatbestandsmäßigkeit ab. Die entsprechenden Begehungstatbestände werden nicht für ausreichend gehalten (Jescheck-Goldmann ZStrW 77 (1965)/109 ff, ibs. S. 130 und 144 ff; Noll JZ 1963/218 Sp. 2 und Sturm, Sonderausschuß S. 1862 Sp. 1).

schaft¹ und die mittelbare Täterschaft. Wenn die mittelbare Täterschaft immer wieder abgelehnt wurde, dann vor allem deshalb, weil sich das Tun des mittelbaren Täters mit dem Wortlaut der Tatbestände im Grunde eigentlich nicht deckt. Das wird sogar von Befürwortern der mittelbaren Täterschaft zugegeben². Was die mittelbare Täterschaft aus den Tatbeständen des BT macht, zeigt vor allem ein Blick auf die echten Sonderdelikte. Hier ist der Qualifizierte unbestrittenermaßen auch dann (mittelbarer) Täter, wenn er die Ausführungshandlung nicht eigenhändig vornimmt. § 348 Abs. 1 z.B. wird auf Grund der mittelbaren Täterschaft daher so judiziert, als stünde dort: "Ein Beamter ..., welcher ... die falsche Beurkundung ... verursacht ..."; der § 348 dagegen hat tatsächlich folgenden Wortlaut: "Ein Beamter ..., welcher falsch beurkundet"

Auch mittels § 47 kann man als Täter verurteilt werden, ohne irgendeines der im Tatbestand des BT umschriebenen Merkmale mit eigener Hand verwirklicht zu haben³. Das zeigt, daß schon die geltenden Vorschriften über die mittelbare Täterschaft und die Mittäterschaft den Tatbeständen des BT einen über ihren engen Wortlaut hinausgehenden Anwendungsbereich geben. Die Normen über die Einheitstäterschaft - wie etwa § 9 Abs. 1 OWiG oder § 11 8E 68⁴ - tun das zwar in einem noch weiteren Umfang⁵; grundsätzlich bringen sie damit aber nichts Neues.

1) Auch die Normen über die Mittäterschaft sind nicht strafkonstitutiver, sondern rein deklaratorischer Natur (Baumann, Strafrecht S. 531). Der E 1925 und der code pénal verzichten z.B. auf derartige Normen. - Daß die Normen über die mittelbare Täterschaft (§ 25 Abs. 1 des 2. StrRG) deklaratorischer Natur sind, ergibt sich schon daraus, daß das geltende Recht ohne sie auskommt.

2) Gallas, Deutsche Beiträge S. 14/15

3) H.M.; z.B. die Amtl.Begr. z. E 62 S. 149 Sp. 2

4) Wegen der Einzelheiten vgl. unten C I und II

5) Diese weitreichende Interpretation der Tatbestände wird dafür aber auch vom Gesetz selbst (von den Einheits-tätervorschriften) angeordnet. Die Interpretation der Tatbestände durch die mittelbare Täterschaft dagegen ist derzeit nicht gesetzlich gesichert. Zur verfassungrechtlichen Seite derartiger authentischer Interpretationen der Tatbestände vgl. unten C V 1.

2. Die Normen über die Einheitstäterschaft als Zurechnungsvorschriften.

Wir haben gesehen, daß man die Vorschriften über die Einheitstäterschaft als Normen begreifen kann, die den Gesetzesinterpreten anweisen, im Falle der Beteiligung die Tatbestände des BT so zu lesen, als stünde dort die Verursachung des tatbestandlichen Erfolgs unter Strafe. Dies ist die überkommene Vorstellung von der Wirkungsweise der Normen über die Einheitstäterschaft. Man kann sich deren Wirkungsweise aber auch noch anders erklären, und zwar so, daß sie der herrschenden Vorstellung über die Wirkungsweise der Normen über die mittelbare Täterschaft und Mittäterschaft entspricht.

Die Bestimmungen über die mittelbare Täterschaft und die Mittäterschaft begreift man gemeinhin als Vorschriften, die eine Zurechnung von Handlungen anderer Personen als eigene erlauben¹. Sie ermöglichen es, den Sachverhalt so anzusehen, als habe der mittelbare Täter bzw. der nichtausführende Mittäter all das selbst vollbracht, was der Tatmittler bzw. der ausführende Mittäter getan haben. Auf diese Weise setzt sich in der Person des mittelbaren Täters bzw. des nichtausführenden Mittäters ein Handlungsbild zusammen, das genau mit dem Buchstaben der Tatbestände übereinstimmt.

Ein Beispiel: Veranlaßt jemand durch eine falsche Verdächtigung einen Polizisten zu einer durch § 127 StPO gerechtfertigten Verhaftung, so ist der Sachverhalt auf Grund der Vorschriften über die mittelbare Täterschaft so aufzufassen, als habe der Verdächtigende selbst den Unschuldigen eingesperrt. So gesehen ist das Verhalten des Verdächtigenden unbedenklich unter den Wortlaut des § 239 subsumierbar.

1) RGSt 66/236, 240; Baumann JuS 1963/94 Sp. 1; Schönke-Schröder, Anm. 5 und 17 vor § 47; Roxin S. 617; Jescheck, Lehrbuch S. 454; Lange, Täterbegriff S. 55; Hogrefe S. 80; weitere Nachweise bei H. Schneider S. 21 Anm. 29

Zugerechnet wird also die Handlung als solche, ohne die rechtliche Qualifizierung, die ihr in der Person des Polizisten zukäme. Auf Grund dieser Handlungszurechnung bei der mittelbaren Täterschaft und Mittäterschaft wird die Täterschaft oft ganz allgemein als "eigene (nicht notwendig eigenhändige) Tatbestandsverwirklichung" gekennzeichnet¹. Bei der Teilnahme erfolgt keine Handlungszurechnung²; sie bleibt daher "Beteiligung an fremder Tatbestandsverwirklichung"¹. Nach dieser Terminologie genügt zur Täterschaft also eine fremdhändige Tatbestandsverwirklichung, solange sie nur auf Grund der Handlungszurechnung als "eigene" Tatbestandsverwirklichung anzusehen ist. Will man mit dieser Betrachtungsweise zum Einheitstäterbegriff gelangen, so muß man dafür sorgen, daß es nur noch eigene Tatbestandsverwirklichungen gibt. Die Handlungszurechnung darf dann eben nicht auf die Fälle der mittelbaren Täterschaft und Mittäterschaft beschränkt bleiben; sie muß vielmehr auf alle Formen strafwürdiger Beteiligung erstreckt werden, also auch auf die Fälle der jetzigen Teilnahme. Die Einheitstätervorschriften würden also anordnen, daß die in den einzelnen Tatbeständen beschriebene Ausführungshandlung jedem zuzurechnen ist, der sie vorsätzlich verursacht hat³. Bei Delikten mit strafbegründenden besonderen persönlichen Merkmalen erfolgt außerdem die Zurechnung dieser Merkmale⁴. Auf diese Weise setzt sich nicht

-
- 1) Lackner-Maassen, Anm. 1 und Schönke-Schröder, Anm. 3 vor § 47; Roeder ZStrW 69 (1957)/232
 - 2) So ausdrücklich BGHSt 6/250. Bei der Teilnahme könnte man allenfalls von der Zurechnung einer tatbestandsmäßig-rechtswidrigen Tat sprechen; zugerechnet wurde damit aber nicht mehr eine Handlung als solche, sondern ein bereits rechtlich qualifiziertes Etwas.
 - 3) Im Grunde ist die Idee, daß bei der Beteiligung eine Handlungszurechnung stattfindet, schon uralte. So prägte bereits die spätmittelalterliche italienische Doktrin den Satz "quis quod per alium facit, per se facere videtur". Ob man schon damals den Einheitstäterbegriff kannte, ist aber offensichtlich nicht ganz klar (vgl. Lüderssen S. 61 Anm. 76).
 - 4) Auch die Zurechnung strafbegründender besonderer persönlicher Merkmale ist grundsätzlich nichts Neues. Ein Fall einer derartigen Zurechnung ist z.B. der § 50 a des geltenden StGB (Baumann, Strafrecht S. 599).

nur beim mittelbaren Täter und bei jedem Mittäter ein Bild zusammen, das genau dem Buchstaben des Tatbestandes entspricht, sondern bei sämtlichen Beteiligten. Damit ist erreicht, daß nicht nur der mittelbare Täter und der Mittäter "eigene - wenn auch fremdhändige - Tatbestandsverwirklichungen" begehen; es begehen vielmehr alle Beteiligte eigene Tatbestandsverwirklichungen. Somit sind alle Beteiligte Täter. Verursacher fremder Tatbestandsverwirklichung (Teilnehmer) gibt es nicht mehr.

V. Terminologische Unstimmigkeiten, die das Verständnis des Einheitstäterbegriffs erschweren.

Halten wir die bisherigen Ergebnisse noch einmal kurz fest: Anliegen der Einheitstäterschaft ist es, aus allen Beteiligten Täter zu machen, so daß die Teilnahme entfällt. Um dieses Ziel zu erreichen, muß man sich darüber klar sein, was den charakteristischen Unterschied zwischen der Täterschaft einerseits und der Teilnahme andererseits ausmacht. Hier hat die Untersuchung gezeigt, daß nur der Täter tatbestandsmäßig handelt (eine eigene Tatbestandsverwirklichung begeht), der Teilnehmer dagegen nicht. Um den Einheitstäterbegriff im Gesetz zu verankern, gilt es daher, sämtliche Formen der Beteiligung tatbestandsgemäß zu machen.

Wenn es die Tatbestandsmäßigkeit des Handelns ist, die den Täter kennzeichnet, dann liegt der eigentliche Unterschied zwischen den verschiedenen Täterbegriffen in dem jeweils verschiedenen Inhalt der Tatbestände des BT.

Daß es bei den Täterbegriffen um den jeweiligen Inhalt der Tatbestände geht, ist aus dem älteren Schrifttum viel klarer ersichtlich als aus dem neueren. Zimmerl, auf dessen Aufsatz "Grundsätzliches zur Teilnahmelehre"¹ die Diskussion um die verschiedenen Täterbegriffe zurückgeht, spricht in dieser Arbeit nie von einem "extensiven Täterbegriff" und

1) ZStrW 49 (1929)/39 ff

"restriktiven Täterbegriff" - wie man immer wieder liest¹ - sondern stets von der "extensiven" bzw. "restriktiven Interpretation der Tatbestände"². Die Vokabeln extensiver Täterbegriff und restriktiver Täterbegriff wurden - soweit ersichtlich - erst von Grünhut³ geprägt. Obwohl sich diese Ausdrücke in der Folgezeit allgemein durchsetzten, wurde in der Vorkriegsliteratur auch immer wieder von der extensiven bzw. restriktiven Interpretation der Tatbestände gesprochen⁴. Im italienischen Schrifttum hat sich dieser Sprachgebrauch, der den Kern des Problems weit besser trifft, bis heute erhalten⁵.

Nun heißt es allerdings immer wieder, daß nach dem Einheits-täterbegriff ein jeder Täter sei, der die Verwirklichung des Tatbestandes verursache, und zwar gerade auch bei maßgeblichen Stimmen⁶. Das erweckt den Eindruck, als könne jemand (Einheits-)Täter sein, der nicht tatbestandsmäßig handle (= eine eigene Tatbestandsverwirklichung begehe), sondern nur eine tatbestandsmäßige Handlung anderer (= eine fremde Tatbestandsverwirklichung) verursache. Nach den obigen Ausführungen unter B II - IV kann aber jemand, der nicht tatbestandsmäßig handelt, sondern nur tatbestandsmäßiges Verhalten verursacht, nie Täter - also auch

1) Maurach AT S. 526; Gallas Mat. I S. 121 Anm. 3; Roxin S. 10 Anm. 18 und Baumann, Strafrecht S. 533

2) ZStrW 49 (1929)/40 bzw. 45

3) JW 1932/366 Sp. 1

4) Z. B. bei Bähr StrAbh. 331/37 und 52 ff; Conrad StrAbh 374/50 und S. 53; Lange, Täterbegriff ibs. S. 12; Bolwien S. 5

5) Z. B.: Dell' Andro S. 97; Siniscalco S. 450 Sp. 2; Pedrazzi S. 7 ff

6) Amtl. Begr. z. E 62 S. 147 Sp. 1; Amtl. Begr. z. OWiG S. 28 Sp. 2 und S. 48 Sp. 1; Jescheck, Lehrbuch S. 429; Mezger-Blei AT S. 255; Eb. Schmidt, Nschr. Bd. 2 S. 122; Bähr StrAbh. 331/14

nicht Einheitstäter -, sondern immer nur Teilnehmer sein. Es fragt sich daher, wie diese Charakterisierung des Einheitstäters als Verursacher der Tatbestandsverwirklichung mit den obigen Ausführungen vereinbar ist.

Auch die Charakterisierung des Einheitstäters als Verursacher der Tatbestandsverwirklichung geht auf Zimmerl¹ zurück. Im Gegensatz zu vielen anderen Autoren, die diese Charakterisierung gebrauchen, sagt Zimmerl jedoch ausdrücklich, daß auch der Einheitstäter tatbestandsmäßig handelt. Zimmerl schreibt nämlich, daß auf Grund der Einheitstäterschaft ein "jeder, welcher für die Verwirklichung des Tatbestandes kausal wird, tatbestandsmäßig handelt"². Mit der Beschreibung der Einheitstäterschaft als Verursachung der Tatbestandsverwirklichung will Zimmerl nur zum Ausdruck bringen, daß auf Grund des Einheitstäterbegriffs - anders als beim restriktiven Täterbegriff - auch die bloße Verursachung der Ausführungshandlung tatbestandsmäßig ist. "Tatbestandsverwirklichung" bedeutet bei ihm nämlich den Erfolg i. w. S., d. h. die formal-objektive Ausführungshandlung bzw. den darüber hinausgehenden Handlungserfolg³.

Für Zimmerl war also der Begriff der eigenhändigen Ausführung und der Begriff der Tatbestandsverwirklichung inhaltsgleich. Heute jedoch werden diese beiden Begriffe nicht mehr inhaltsgleich verwandt. So wird heute gelehrt, daß auch der mittelbare Täter den Tatbestand verwirkliche⁴, obwohl

1) ZStrW 49 (1929)/40. Zimmerl meint - wenn er a.a.O. von der "extensiven Interpretation der Tatbestände" spricht - nicht den extensiven Täterbegriff der lex lata, sondern den Einheitstäterbegriff (vgl. oben S. 64 Anm. 3).

2) ZStrW 49 (1929)/40

3) ZStrW 49 (1929)/40 Sp. 1. Das war damals die allgemeine Terminologie; vgl. z.B. Mezger, Strafrecht 1949 S. 415 und 95; Bähr StrAbh. 331/1 Anm. 4

4) So schreibt etwa Roxin S. 617, "daß man den Begriff der Tatbestandsverwirklichung nicht ... auf die eigenhändige Erfüllung der Merkmale einer Strafvorschrift begrenzen kann". Ganz ähnlich auch die Formulierungen der auf S. 75 Anm. 1 genannten Autoren.

dieser gerade keine eigene Ausführungshandlung vornimmt.
- Andererseits waren für Zimmerl die Begriffe "den Tatbestand verwirklichen" und "tatbestandsmäßig handeln" nicht inhaltsgleich. Wie hätte er sonst die bloße Verursachung der Tatbestandsverwirklichung als tatbestandsmäßiges Handeln bezeichnen können? Heute dagegen werden die Wendungen "den Tatbestand verwirklichen" und "tatbestandsmäßig handeln" synonym gebraucht, so ihs. auch von der Amtlichen Begründung zum E 62 und zum OWiG¹.

Da der Begriff der Tatbestandsverwirklichung heute nicht mehr wie bei Zimmerl mit der eigenhändigen Ausführungshandlung identisch ist, paßt die von diesem Autor geprägte Formel vom Einheitstäter als dem Verursacher der Tatbestandsverwirklichung nicht mehr. Diese Formel ist inzwischen auch schon mehrfach als irreführend gerügt worden². Auf Grund des heutigen Begriffsgebrauchs muß es vielmehr heißen: Der Einheitstäter verwirklicht den Tatbestand, und zwar entweder durch eine (völlige oder teilweise) eigenhändige Vornahme der Ausführungshandlung oder durch die Verursachung der Ausführungshandlung eines anderen. Zur Einheitstäterschaft bedarf es also stets einer Tatbestandsverwirklichung; eine Verursachung der Tatbestandsverwirklichung genügt nicht. Nicht nötig ist lediglich eine eigenhändige Ausführungshandlung; denn eine Verursachung der Ausführungshandlung genügt zur Verwirklichung des Tatbestandes.

1) Amtl. Begr. z. E 62 S. 119 Sp. 1: "Nach zahlreichen Vorschriften tritt die Rechtsfolge nicht erst bei einer rechtswidrigen und schuldhaften Handlung, die den Tatbestand ... verwirklicht, sondern bereits dann ein, wenn die tatbestandsmäßige Handlung rechtswidrig ist. Amtl. Begr. z. § 1 OWiG (S. 40 Sp. 2): "Der Entwurf' ... hebt ... hervor, daß die Handlung ... tatbestandsmäßig sein muß". § 1 spricht nun aber nicht von einer "tatbestandsmäßigen Handlung", sondern von einer "Handlung, die den Tatbestand ... verwirklicht". Nur die Rspr. (vgl. oben S. 67 Anm. 1) folgt noch diesem alten, bei Anm. 1 geschilderten Begriff der Tatbestandsverwirklichung.

2) Roeder ZStrW 69 (1957)/232; Lüderssen S. 91 Anm. 224 am Ende; Schröder ZStrW 57 (1938)/472

VI. Einheitstäterbegriff und Akzessorietät.

Bei der Behandlung der Beteiligung mehrerer am Verbrechen taucht immer wieder der Begriff der Akzessorietät auf. Mit Vehemenz wird dabei oft die Behauptung bestritten, wonach die Akzessorietät durch und durch ein Produkt des Gesetzes sei. Demgegenüber wird betont, daß die Akzessorietät ihre Grundlage in der Natur der Sache habe¹.

An dieser Kritik ist sicherlich soviel richtig, als Beteiligung die Verursachung des Erfolgs i. w. S.² ist; denn der in der Kausalkette hinten stehende Beteiligte kann diesen Erfolg immer nur über die erfolgnächste Handlung bewirken. Insofern ist seine Beteiligung zwangsläufig ein von der erfolgnächsten Handlung abhängiges Tun. Deshalb ist der mittelbare Verursacher vom Tun des unmittelbaren Verursachers abhängig, der nur mittelbar Ausführende von der Tätigkeit des unmittelbar Ausführenden. Diese Art von Abhängigkeit besteht nicht nur bei der Beteiligung am Verbrechen, sondern auch bei jeder Beteiligung im strafrechtlich irrelevanten Bereich. Sie ist demnach keine spezifisch juristische Abhängigkeit. Soweit die verschiedenen Arten der Abhängigkeit bei der Beteiligung überhaupt auseinandergehalten werden, wird diese Art der Abhängigkeit meist als "quantitative Akzessorietät" bezeichnet³.

Wenn man von Akzessorietät spricht, denkt man i. a. gar nicht so sehr an diese nicht eigentlich juristische Abhängigkeit der nur mittelbar Beteiligten als vielmehr an die Frage, ob die Strafbarkeit der Beteiligten davon ab-

-
- 1) Maurach AT S. 571; Bockelmann, Strafrechtliche Untersuchungen S. 31; v. Weber S. 69; Bettiol S. 529; Schwander S. 128; Mezger-Blei AT S. 270
 - 2) Erfolg i. w. S. ist die Ausführungshandlung bzw. der bei den Erfolgsdelikten darüber hinausgehende Handlungserfolg (Jescheck S. 177 m. w. Nachw.)
 - 3) Maurach AT S. 592 ff, ibs. S. 593; Latagliata, I principi S. 70 Anm. 6 und Schnyder S. 169 Anm. 2 Dahm (StrAbh 224/66) und Grünwald (GA 1959/117) nennen sie "reale Akzessorietät", während v. Hippel II S. 450 Anm. 6 hier überhaupt nicht von Akzessorietät sprechen möchte. Bei Lüderssen S. 25 findet sich die Bezeichnung "faktische Abhängigkeit".

hängt, daß gewisse Beteiligte (ibs. der unmittelbar Ausführende) tatbestandsmäßig, rechtswidrig oder gar schuldhaft gehandelt haben. Diese Art der Abhängigkeit - die sog. minimale, limitierte bzw. strenge Akzessorietät -, auf die man gewöhnlich anspielt, wenn man von Akzessorietät spricht, wird "qualitative Akzessorietät" genannt¹.

Während also die qualitative Akzessorietät die Frage betrifft, ob das Verhalten der Beteiligten nur dann strafbar ist, wenn die Handlungen gewisser Beteiligter bestimmte juristische Qualitäten aufweisen (Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit, Schuld), betrifft die quantitative Akzessorietät die Frage, wie weit die Beteiligung gediehen ist, ob die Beteiligung zum Erfolg i. w. S. geführt hat oder ob das Komplott auf halbem Wege stecken geblieben ist.

Die beiden Arten der Akzessorietät lassen sich sehr gut anhand der Rechtsfigur der mittelbaren Täterschaft aufzeigen. Die quantitative Akzessorietät gilt auch für den mittelbaren Täter; denn es kann nicht verkannt werden, daß er nur über den Tatmittler wirkt und insofern von seinem Tun abhängt. Qualitativ akzessorisch handelt der mittelbare Täter dagegen nicht. Für seine Strafbarkeit ist es nämlich ohne Bedeutung, ob die anderen Beteiligten (ibs. der ausführende Tatmittler) tatbestandslos, rechtmäßig oder schuldlos gehandelt haben². Diese qualitative Akzessorietät meint denn auch der Bericht über die Arbeit der Amtlichen Strafrechtskommission³, wenn es dort heißt, daß "die mittelbare Täterschaft ... gerade in bewußter Durchbrechung der Akzessorietät entwickelt worden ist".

Qualitativ akzessorisch handelt der mittelbare Täter deshalb nicht, weil er Täter und nicht etwa nur Teilnehmer ist. Als Täter handelt er nämlich tatbestandsmäßig und

1) Maurach AT S. 593; Latagliata, I principî S. 70 Anm. 6; Grünwald (GA 1959/117) spricht hier von "begrifflicher Akzessorietät".

2) Zumindest kommt es zu keinem vollendeten Delikt, wenn der Tatmittler untätig bleibt. Ob der mittelbare Täter überhaupt strafbar ist, wenn der Tatmittler nicht handelt, ist eine Frage der Versuchsstrafbarkeit (vgl. E IV).

3) V. Dohnanyi S. 109

ist somit strafbar, sofern ihm nicht Rechtfertigungs-, Schuldausschließungs- oder Strafausschließungsgründe zur Seite stehen. Auf seine Strafbarkeit kann es daher keinen Einfluß haben, wie das Verhalten der sonstigen Beteiligten rechtlich zu werten ist.

Qualitativ akzessorisch zu handeln ist dem Teilnehmer vorbehalten. Daß der Teilnehmer notwendig qualitativ akzessorisch handelt, ist nur die logische Konsequenz der Tatsache, daß sein Tun nicht tatbestandsmäßig ist. Soll ein Teilnehmer strafrechtlich erfaßt sein, so bedarf es einer (zumindest) tatbestandsmäßigen Handlung eines anderen, über die der Teilnehmer in den Bereich der Strafbarkeit einbezogen werden kann. Die Teilnahme setzt daher schon "begrifflich ... eine tatbestandsmäßige Haupttat voraus"¹.

Die Konsequenzen für die Einheitstäterlösung, die keine Teilnahme mehr kennt, liegen auf der Hand. Wenn es das Begriffsmerkmal der Teilnahme ist, qualitativ akzessorisch zu handeln, darf es in einem Einheitstätersystem keine qualitativ akzessorisch handelnden Beteiligten geben; denn das wären Teilnehmer. Die qualitative Akzessorietät wird also ersetzt durch den Gedanken der Zurechnung, mit dem die Einheitstäterlösung arbeitet; diese Zurechnung erfolgt nämlich ohne Rücksicht darauf, wie das Verhalten des "Zurechnungsgebers" rechtlich einzuordnen ist. Es ist daher nur konsequent, wenn diejenigen Autoren, die im geltenden österreichischen und italienischen Strafgesetzbuch den Einheitstäterbegriff verwirklicht sehen, die qualitative Akzessorietät - ibs. auch die limitierte Akzessorietät - ablehnen².

-
- 1) Gallas Mat. I S. 132; ebenso Maurach AT S. 605; Schnyder S. 24 Anm. 6 und S. 169; Bettiol S. 532; Pedrazzi S. 68; Siniscalco S. 445 Sp. 1. - In Italien spricht man daher gerne von der "qualificazione indiretta", der nur mittelbaren strafrechtlichen Erfassung des Teilnehmers (z. B. Pedrazzi S. 22; Latagliata, Enciclopedia S. 569 Sp. 1).
 - 2) In Österreich vor allem Roeder (Die Erscheinungsformen S. 72/73) und Nowakowski (ÖJZ 1953/601 Sp. 2). In Italien ibs. Pannain S. 861; Battaglini S. 443; Antolisei, Il rapporto di causalità, Anm. 2 unter S. 252; richtig erkannt auch von Latagliata, Il concorso S. 62

Die Unvereinbarkeit der qualitativen Akzessorietät mit dem Einheitstäterbegriff hat vor allem der Gang der Strafrechtsreform in den Jahren 1934 und 1935 gezeigt. In 1. Lesung sprach sich die damalige Amtliche Strafrechtskommission ganz entschieden für den Einheitstäterbegriff aus¹. Der Bericht über die 1. Lesung spricht zwar beiläufig davon, daß man zur Erreichung dieses Zieles die Akzessorietät aufgeben müsse²; gleichwohl aber verankerte der von der Kommission erarbeitete § a eine limitierte Akzessorietät; die Bestrafung der Beteiligung setzte nämlich eine "Tat" voraus, was nach damaliger Terminologie eine tatbestandsmäßig-rechtswidrige Handlung bedeuten sollte³. - In der Literatur wurde dieser Versuch einer Verknüpfung des Einheitstäterbegriffs mit einer qualitativen Akzessorietät scharf bemängelt. Lange hielt der Strafrechtskommission vor: "Für die ... Täterschaft ist es ganz gleichgültig, ob der Veranlaßte oder Unterstützte seinerseits tatbestandsmäßig-rechtswidrig handelt. Denn es kommt nur darauf an, ob der Täter selbst tatbestandsmäßig handelt"⁴. Und auch die zahlreichen anderen Stimmen, die sich zu diesem von der Strafrechtskommission erarbeiteten § a äußerten, waren sich fast alle darüber einig, daß man die qualitative Akzessorietät aufgeben müsse, wenn man zu dem umfassenden Täterbegriff gelangen wolle⁵. Der Bericht über die 2. Lesung gibt denn dann auch zu, daß die qualitative Akzessorietät mit dem Einheitstäterbegriff unvereinbar ist. Wörtlich heißt es darin:

1) v. Dohnanyi S. 99 oben. Mit der Bezeichnung "extensiver Täterbegriff" ist dabei der Einheitstäterbegriff gemeint.

2) v. Dohnanyi S. 98

3) v. Dohnanyi S. 105 und 109

4) Täterbegriff S. 71

5) Bolwien S. 19; Ellger DJ 1935/218; Klee DJ 1935/179; Grau DJ 1935/296 Sp. 1; Ammann S. 132; Sahm S. 40 und Conrad StrAbh. 374/4 und 124; a.A. lediglich Zimmerl ZStrW 54 (1935)/584

Ganz richtig hatte doch schon die den Einheitstäterbegriff befürwortende Preußische Denkschrift festgestellt: "Jeder Mitwirkende wird zu dem strafbaren Erfolg in unmittelbare Beziehung gesetzt" (S. 117).

"Schon bei der Vorbereitung der zweiten Lesung ergaben sich ... schwerwiegende Bedenken gegen die in erster Lesung vorgeschlagene Regelung. Die Bedenken ... betrafen in erster Linie

das Akzessorietätsproblem.

Es konnte nach den in erster Lesung beschlossenen Formulierungen keinem Zweifel unterliegen, daß die Strafbarkeit der Mitwirkung mindestens die Verwirklichung des äußeren Tatbestandes einer strafbaren - oder (wie damals noch unbestritten angenommen wurde) objektiv rechtswidrigen - Handlung voraussetzte. Hier lag der Angelpunkt des Teilnahmeproblems War nicht die Anerkennung der - wenn auch nur limitierten - Akzessorietät überhaupt mit dem weiten Täterbegriff unvereinbar?

Wenn die Lehre vom extensiven Täterbegriff besagt, daß jedes (schuldhafte) Setzen einer Bedingung für einen tatbestandsmäßigen Erfolg schon Täterschaft bedeute ..., so ist es in der Tat logisch unmöglich, zwischen den für die Herbeiführung eines tatbestandsmäßigen Erfolges kausalen ... Betätigungen ein Abhängigkeitsverhältnis zu konstruieren, derart, daß die eine ohne die andere nicht in den Bereich der Strafbarkeit fällt.

Es ergab sich also ..., daß die Kommission zwar glaubte, den Weg zum extensiven Täterbegriff gefunden zu haben, in Wirklichkeit aber an den Ufern des restriktiven Täterbegriffs gelandet war"¹.

Daß sich die Einheitstäterlösung und eine qualitative Akzessorietät gegenseitig anschließen, wird ohne weiteres verständlich, wenn man sich die Wirkungsweise der Einheits-tätervorschriften vor Augen hält. Diese kann man einmal als Vorschriften begreifen, die die Tatbestände extensiv interpretieren. Danach hat etwa § 223 - entgegen seinem

1) So 108 unten - 110 oben (Hervorhebung im Originaltext)

restriktiv formulierten Wortlaut - folgenden Inhalt:

"Wer vorsätzlich die Körperverletzung ... eines anderen verursacht, wird ... bestraft." Wenn nun H vorsätzlich bewirkt, daß sich A mit eigener Hand eine Verletzung zufügt, so hat H nach diesem extensiv verstandenen § 223 eine tatbestandsmäßige Körperverletzung begangen. An diesem Ergebnis vermag der Umstand, daß das Verhalten des A tatbestandslos ist, nichts zu ändern. Daß das Tun des H tatbestandsmäßig ist, ergibt sich einfach daraus, daß H vorsätzlich die Körperverletzung eines anderen verursacht hat, wie es der extensiv verstandene § 223 vorsieht¹.

Zu demselben Resultat gelangt man, wenn man die Vorschriften über die Einheitstäterschaft als Zurechnungsvorschriften auffaßt. So gesehen wird dem H die Handlung des A zugerechnet, und zwar die Handlung als solche, ohne die Bewertung, die diese in der Person des A erfährt (entsprechend der Handlungszurechnung bei der mittelbaren Täterschaft). Auf Grund dieser Handlungszurechnung ist die Handlung für H so anzusehen, als hätte er den A verletzt. Legt man diese Betrachtungsweise zugrunde, dann war das Tun des H tatbestandsgemäß, obwohl A selbst tatbestandslos handelte.²

Auch eine Rechtfertigung wirkt sich immer nur für denjenigen Beteiligten aus, dem der Rechtfertigungsgrund zur Seite steht. Ein Beispiel: X greift A an. Der hinzukommende H jedoch erkennt die Sachlage und glaubt irrtümlicherweise, A sei der Angreifende. Trotzdem reicht er dem A seinen Spazierstock zum Zuschlagen. A schlägt damit solange auf den Angreifer ein, bis dieser von ihm abläßt.

Daß A in diesem Falle eine tatbestandsmäßige, aber durch Notwehr gerechtfertigte Körperverletzung begeht, ist nicht weiter bemerkenswert. Interessant ist nur, daß auf Grund der extensiven Interpretation des § 223 durch die Einheits-täternormen bzw. auf Grund der durch sie veranlaßten Handlungszurechnung auch das Verhalten des H tatbestandsmäßig

1) Eine ganz andere Frage ist, ob H auch rechtswidrig handelte; dazu vgl. unten E VI 1 b

2) Die Zurechnung schaltet also die qualitative Akzessorietät aus (vgl. oben S. 82)

ist. Als solches ist es wegen der Indizfunktion der Tatbestände auch als rechtswidrig anzusehen, wenn nicht auch dem H ein Rechtfertigungsgrund zur Seite steht. Hieran fehlt es aber, da H nicht den nach § 53 für die Nothilfe erforderlichen Abwehrwillen hat. H kann daher bestraft werden, ohne daß ihm die Rechtmäßigkeit des Verhaltens von A irgendwie zugutekäme.

Es ist daher festzuhalten, daß eine qualitative Akzessorietät - und ibs. auch die limitierte Akzessorietät als Unterfall der qualitativen Akzessorietät - mit dem Einheitstäterbegriff nicht in Einklang gebracht werden kann. Die Einheitstäterschaft hat vielmehr zur Folge, daß die Bestrafung jedes Beteiligten unabhängig davon ist, ob die anderen Beteiligten tatbestandsmäßig, rechtswidrig oder schuldhaft gehandelt haben. Enthält daher ein Gesetz sowohl Anzeichen dafür, die auf eine Verankerung der Einheitstäterlösung hindeuten, als auch Indizien dafür, die für eine qualitative Akzessorietät sprechen, so muß sich der Gesetzesinterpret entscheiden: Bejaht er die Einheitstäterschaft, muß er die qualitative Akzessorietät leugnen; nimmt er dagegen eine qualitative Akzessorietät an, muß er den Einheitstäterbegriff ablehnen. Das gilt es ibs. zu beachten, wenn unten unter C I, II und III die Frage erörtert wird, ob das OWiG, der öE 68 und der italienische codice penale den Einheitstäterbegriff verwirklicht haben. Die quantitative Akzessorietät dagegen spielt auch bei der Einheitstäterlösung eine Rolle. Wenn die Einheitstätervorschriften die Verursachung des gesetzlichen Erfolges tatbestandsmäßig machen, muß es wohl eine Bedeutung haben, wenn dieser Erfolg ausbleibt. Dort, wo die Verursachung des Erfolges tatbestandsmäßig ist, fehlt es an der Tatbestandsmäßigkeit der Beteiligung, wenn der Erfolg nicht gegeben ist. Wenn § 223 extensiv zu lesen ist ("Wer die Körperverletzung eines anderen verursacht ..."), dann ist eben der Tatbestand solange nicht erfüllt, solange keine Körperverletzung eingetreten ist. - Auch wenn die Einheitstätervorschriften als Vorschriften über die Hand-

lungszurechnung aufzufassen sind, ergibt sich dasselbe Resultat. Wenn es an der Ausführungshandlung und dem eventuell dazugehörigen Erfolg fehlt, kann **dies dem Hin-**termann nicht zugerechnet werden, und der Tatbestand bleibt unvollständig.

Die Fälle, in denen ein Delikt vom Subjektiven her perfekt, der objektiven Verwirklichung nach aber unvollständig geblieben ist, sind ein Problem der Versuchsstrafbarkeit. Die quantitative Akzessorietät ist daher - wie bei der mittelbaren Täterschaft - eine Frage der Strafbarkeit wegen Versuchs und wird deshalb erst unten unter E IV behandelt.

C. Kodifizierungen der Einheitstäterlösung

Bei der Diskussion um die Einheitstäterlösung hält man des öfteren Umschau nach ausländischen Kodifikationen, welche diesen Täterbegriff enthalten. Hierbei wird vor allem auf den italienischen Codice penale vom 19. 10. 1930 (Art. 110 ff), auf das norwegische StGB vom 22. 5. 1902 (§ 58), auf das dänische StGB vom 15. 4. 1930 (§§ 23 ff) und auf die österreichischen Strafgesetzentwürfe (§§ 11 ff) verwiesen; es werden aber auch der Criminal Code des US-Staates Louisiana, das mexikanische und brasilianische Strafgesetzbuch und sogar das (unkodifizierte) englische Recht genannt¹. Zum Teil ist jedoch bestritten, daß diese Rechte dem Einheitstäterbegriff folgen².

Ob diese Strafgesetzbücher tatsächlich alle den Einheitstäterbegriff verwirklicht haben, kann in der vorliegenden Arbeit nicht untersucht werden und muß daher offen bleiben. Bedeutung hat in der Diskussion um die Einheitstäterlösung ohnehin nur die italienische Regelung erlangt. Daher beschränken wir uns hier auf eine Erörterung des italienischen Strafgesetzbuches. Daneben sollen von den ausländischen Kodifikationen lediglich noch die österreichischen Strafgesetzentwürfe behandelt werden. Sie sind erst vor wenigen Jahren entstanden und verdienen als deutschsprachige Kodifikationen besonderes Interesse, vor allem im Hinblick auf die gesetzesteknische Verwirklichung der Einheitstäterlösung.

1) Vgl. Dietz 1957 S. 108; Blau, Sonderheft S. 90 Anm. 17; v. Uthmann S. 52; Schwalm, Engisch-Festschrift S. 552 Anm. 4; Bockelmann, Sonderheft S. 46; v. Dohnanyi S. 97/98.

2) a.A. bezüglich des norwegischen StGB z. B. Sahm S. 30/31; Dietz 1957 S. 97 und Andenaes, zit. bei Blau Sonderheft S. 90 Anm. 17; a.A. bezüglich des englischen Rechts: Dietz 1957 S. 94/95.

I. Ist der Einheitstäterbegriff der Täterbegriff des
österreichischen Strafgesetzentwurfes?¹

Im Zeitpunkt der mündlichen Doktorprüfung des Verfassers kommt auf Österreich ein neuer Strafgesetzentwurf zu, der österreichische Strafgesetzentwurf 1971 (öE 71). Dieser Entwurf ist allerdings noch nicht veröffentlicht. Der Verfasser hat jedoch durch Vermittlung von Herrn Prof. Dr. Georg Schwalm vom österreichischen Justizministerium freundlicherweise den genauen Wortlaut der wichtigsten, die Einheitstäterlösung betreffenden Vorschrift erhalten können. Diese Bestimmung, § 12 öE 71, ist allerdings mit ihrem Vorgänger im öE 68, dem dortigen § 11, völlig identisch; verändert hat sich also lediglich die Paragraphenzahl.

Der übrige öE 71, insbesondere die anderen die Einheits-täterschaft betreffenden Vorschriften und die Amtliche Begründung, ist dem Verfasser derzeit nicht zugänglich. In-soweit ist es nicht möglich, bereits auf den öE 71 einzu-gehen. Um Verwirrung zu vermeiden - vor allem im Hinblick auf die Verschiebung der Paragraphenzahlen in den beiden Entwürfen - erscheint es daher ratsam, im weiteren Verlauf der Arbeit einheitlich nur vom öE 68 auszugehen. Das recht-fertigt sich auch deshalb, weil der öE 71 - soweit er dem Verfasser vorliegt - gegenüber dem öE 68 keinerlei sach-liche Änderungen aufweist. Der Leser, dem künftig der öE 71 zur Verfügung stehen wird, sei lediglich daran er-innert, daß es im öE 68 § 11 ist, der die "Behandlung aller Beteiligten als Täter" regelt. Die "selbständige Strafbarkeit aller Beteiligten" ist im § 12 öE 68 geregelt, und § 13 öE 68 befaßt sich mit "Eigenschaften und Verhält-nissen des Täters".

1) Der Text des öE 68 ist oben S. XXVI/XXVII abgedruckt.

1. § 11 öE 68

Eine "strafbare Handlung" ist nach der Terminologie des öE 68 eine (rechtswidrige und schuldhaft) Handlung, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht¹. Wenn daher § 11 dieses Entwurfes festlegt, daß nicht nur der unmittelbare Täter die strafbare Handlung begeht, sondern auch jeder, der einen anderen dazu bestimmt, sie auszuführen, oder der sonst zu ihrer Ausführung beiträgt, so ist damit ausgesprochen, daß auch die letzteren - die Anstifter und Gehilfen im herkömmlichen Sinne - (rechtswidrig und schuldhaft) den Tatbestand verwirklichen. Wenn aber auch Anstifter und Gehilfen den Tatbestand verwirklichen, so ist damit in § 11 öE 68 der Einheitstäterbegriff verankert, denn als Tatbestandsverwirklicher sind die Anstifter und Gehilfen keine Teilnehmer mehr, sondern Täter.

2. Zur Gesetzestchnik der Einheitstäterlösung.

Der jetzige § 11 öE 68 hatte im Laufe der Arbeiten am österreichischen Strafgesetzentwurf einige Vorläufer, deren Formulierungen recht aufschlußreich für die gesetzestechnische Verwirklichung der Einheitstäterlösung sind. In der österreichischen Strafrechtskommission war zunächst folgende Fassung vorgeschlagen:

"Nicht nur der unmittelbare Täter verwirklicht den Tatbestand der mit Strafe bedrohten Handlung, sondern auch jeder ... ". Diese Fassung hätte eine eindeutige Verankerung des Einheitstäterbegriffs verbürgt, denn aus ihr geht unmittelbar hervor, daß neben dem unmittelbaren Täter auch die bisherigen Teilnehmer den Tatbestand verwirklichen

1) Vgl. auch § 11 Abs. 1 Nr. 1 E 62

und daher Täter sind. Die österreichische Strafrechtskommission hat sich diesen Wortlaut nur deshalb nicht zu eigen gemacht, weil er ihr zu lehrbuchmäßig erschien¹. Sie hat sich dann schließlich für eine Formulierung entschieden, die dem jetzigen § 11 öE 68 im Inhalt sehr nahe kommt².

In der 2. Lesung des Entwurfs wurde diese in 1. Lesung beschlossene Formulierung jedoch geändert. Im Ministerialentwurf 1964 (öE 64) bekam § 11 folgende Fassung: "Die Strafdrohungen des Gesetzes gelten nicht nur für den unmittelbaren Täter, sondern auch für jeden, der einen anderen dazu bestimmt, die Tat auszuführen oder sonst zu deren Begehung mitwirkt."

Diese von § 11 öE 64 getroffene Anordnung, daß die Strafdrohungen des Gesetzes für alle Beteiligten gelten sollen, eignet sich nicht dazu, den Gesetzesinterpreten eindeutig auf den Einheitstäterbegriff festzulegen. Gewiß gelten die Strafdrohungen des Gesetzes allen Beteiligten, wenn sie alle Täter sind. Aber die Geltung dieser Strafdrohungen für sämtliche Beteiligte ist nicht nur auf den Fall der Einheitstäterschaft beschränkt. Die Strafdrohungen des BT gelten auch dann allen Beteiligten, wenn es Täter und Teilnehmer gibt, und die Teilnehmer lediglich im Strafrahmen den Tätern gleichgestellt sind.

Eine Vorschrift wie § 11 öE 64, die alle Beteiligten den Strafdrohungen des BT unterwirft, kann man vielleicht im Sinne der Einheitstäterschaft verstehen. Sie ist aber nicht eindeutig genug und ermöglicht auch die Auslegung, daß nur die Ausführenden im formal-objektiven Sinne den Tatbestand verwirklichen, während die nichtausführenden Beteiligten

1) Kadeřka, öProtokolle S. 855

2) "Nicht nur der unmittelbare Täter allein begeht die mit Strafe bedrohte Handlung, sondern auch jeder, der einen anderen dazu bestimmt, sie auszuführen, oder wer sonst durch Wort oder Tat zu ihrer Ausführung mitwirkt."

zwar dem im BT normierten Strafrahmen unterliegen, aber nicht tatbestandsmäßig handeln. Damit aber wären die nicht-ausführenden Beteiligten bloße Teilnehmer. In dieser Weise versteht etwa die h. M. den § 5 des geltenden österreichischen Strafgesetzes¹. Diese zweideutige Fassung des § 11 in der 2. Lesung des Entwurfs kommt nicht von ungefähr. Die Änderung geht auf Dr. Serini, den Sektionschef im Wiener Justizministerium, zurück, der sich als einziges Mitglied der österreichischen Strafrechtskommission - trotz der auch von ihm befürworteten Gleichstellung aller Beteiligten im Strafrahmen² - für eine Differenzierung zwischen Täterschaft und Teilnahme einsetzte³. § 11 öE 64 war also ein Kompromiß, der letztlich alles offen ließ.

Wer seine Entscheidung für den Einheitstäterbegriff klar und unzweideutig zum Ausdruck bringen will, darf sich demnach keinesfalls auf die Bestimmung beschränken, daß die in den Strafgesetzen des BT normierten Strafdrohungen alle Beteiligte treffen. Eine derartige Fassung vermag die Gerichte nicht zu binden. Die Verankerung der Einheitstäterschaft ist erst dann über jeden Zweifel erhaben, wenn die Vorschriften über die Beteiligung die Aussage enthalten, daß sämtliche Formen der Beteiligung bereits unter die Strafdrohungsvoraussetzungen der einzelnen Strafgesetze des BT fallen, d. h. wenn auch die bisherige Teilnahme tatbestandsmäßig ist.

1) So ibs. Rittler, Malanuk, Lammasch, Stooß, Altmann und Herbst; eine subjektive Abgrenzung vertreten Horrow, Finger und Janka-Kallina (Nachweise bei Nowakowski, Strafrecht S. 95). - Die Repr. des öOGH schwankt. Formalobjektiv: SSSt XIX/Nr. 70; XI/Nr. 14; EvBl. 1949/571; 1948/863 und 1947/370; anders dagegen SSSt XXXVI/Nr. 51; EvBl. 1948/389 und KH 2307. Nowakowski, Strafrecht S. 96/97, Roeder, Erscheinungsformen S. 71 ff und Kadečka, Gesammelte Aufsätze S. 93 sehen in § 5 StG den Einheitstäterbegriff verwirklicht; so anscheinend auch die Amtl. Begr. z. öE 68 S. 58 Sp. 1 und 79 Sp. 1

2) öProtokolle S. 868

3) öProtokolle der 2. Lesung (1961) S. 295

Die Kompromißfassung des § 11 öE 64 stieß gerade beim österreichischen OGH auf Kritik. In seinem Gutachten zum öE 64 rügte das Gericht, im Gesetzestext des § 11 öE 64 komme nicht klar zum Ausdruck, daß alle Beteiligten Täter seien; dort werde nämlich nur von den Strafdrohungen gesprochen¹. Der öE 68 hat diese Kritik beherzigt und die Fassung des § 11 öE 64 aufgegeben. Sehr im Sinne einer klaren Festlegung der Einheitstäterlösung bestimmt er nunmehr, daß sowohl die Täter i. eng. S. als auch die Anstifter und Gehilfen die strafbare Handlung begehen. Er bringt damit zum Ausdruck, daß nicht nur ein gleicher Strafraum gilt, sondern auch, daß alle diese Formen der Beteiligung tatbestandsgemäß sind. Das hat zur Folge, daß der Gesetzesinterpret alle Beteiligten als Täter ansehen muß.

3. Weitere Indizien für die Verwirklichung der Einheits-schaft.

Dieses Ergebnis wird durch die zum authentischen Gesetzestext zählende Überschrift des § 11 öE 68 bestätigt. Sie heißt: "Behandlung aller Beteiligten als Täter." Wenn ein jeder Beteiligter "als" Täter und nicht nur "wie"² ein Täter zu behandeln ist, so ist das ein weiterer, aus dem Gesetz selbst zu entnehmender Anhaltspunkt dafür, daß im kommenden österreichischen Strafrecht alle Mitwirkenden Täter sind und nicht nur hinsichtlich der Strafdrohung dem Täter gleichstehen.

Auch § 13 öE 68 ist eine Norm, die die Entscheidung des Entwurfes für den Einheitstäterbegriff im Text der Kodifikation zum Ausdruck bringt. Er bestimmt u. a., daß die Gesetze mit strafbegründenden persönlichen Merkmalen, die das Tatenrecht betreffen, auf alle Beteiligten anwendbar sind. Diese Vorschrift ist eindeutig auf die Einheitstäter-

1) öOGH-Gutachten, Anm. zu § 11

2) Wegen des Unterschiedes zwischen der Bestrafung "als" und der Bestrafung "wie" vgl. auch § 32 E 62 und die Amtl.Begr. z. E 62 S. 151 Sp. 2.

lösung zugeschnitten; denn auf Teilnehmer wären nicht die Strafgesetze, sondern allenfalls deren Strafdrohungen anwendbar. - Für ein Gesetz, das zwischen Täterschaft und Teilnahme unterscheidet, wäre eine derartige Vorschrift, die die Strafbarkeit aller Beteiligten normiert, denen die besonderen Merkmale fehlen, außerdem überflüssig und daher ohne rechten Sinn. Zur Bestrafung eines Teilnehmers ist es nämlich nicht erforderlich, daß er die besonderen persönlichen Merkmale aufweist; denn er soll ja nicht wegen eines eigenen Verstoßes gegen das betreffende Strafgesetz haften, sondern nur wegen seines Beitrages zur Verletzung des Strafgesetzes seitens des Täters. Für den Teilnehmer kommt es daher im Hinblick auf die besonderen persönlichen Merkmale nur auf den Täter an. Auch § 50 Abs. 2 n. F. des deutschen StGB ist keine Bestimmung, die die Strafbarkeit der Teilnehmer, die das besondere Merkmal nicht aufweisen, begründet; § 50 Abs. 2 geht vielmehr bereits von einer solchen Strafbarkeit aus und mildert lediglich den Strafraum.

4. Verankert der öE 68 eine limitierte Akzessorietät?

Nun behauptet jedoch Moos¹, daß § 12 des österreichischen Strafgesetzentwurfes eine limitierte Akzessorietät verankere. Wenn diese Ansicht zutrifft, kann dieser Entwurf nicht auf dem Boden des Einheitstäterbegriffes stehen; denn die Einheitstäterschaft und die limitierte Akzessorietät schließen sich gegenseitig aus².

§ 12 öE 68 hat große Ähnlichkeit mit § 50 Abs. 1 des geltenden bzw. § 29 des künftigen deutschen StGB. Es ist jedoch festzuhalten, daß es auch nicht diese Bestimmungen sind, die im deutschen Strafrecht die limitierte Akzessorietät

1) S. 322 Anm. 48. Moos geht dabei zwar von § 12 öE 64 aus; seine Aussage gilt jedoch auch für § 12 öE 68, weil § 12 seinem Inhalt nach in beiden Entwürfen dasselbe besagt (vgl. die Amtl. Begr. z. öE 68 S. 81 Sp. 1).

2) Vgl. oben B VI, ibs. S. 82 - 86

verankern. Die limitierte Akzessorietät ergibt sich vielmehr aus den Begriffen "mit Strafe bedrohte Handlung" in §§ 48 und 49 des geltenden bzw. "rechtswidrige Tat" in §§ 26 und 27 Abs. 1 des kommenden deutschen StGB. § 50 Abs. 1 StGB bzw. § 29 des 2. StrRG stellen allenfalls klar, daß keine extreme Akzessorietät besteht. Bei § 12 öE 68 ist das nicht anders. Wenn diese Vorschrift bestimmt, daß ein jeder Beteiligte nach seiner Schuld zu bestrafen sei, so wird damit keine limitierte Akzessorietät begründet, sondern allenfalls eine extreme Akzessorietät ausgeschlossen¹. Wenn überhaupt, so kann die limitierte Akzessorietät nur in den Vorschriften verankert sein, die sich mit der Strafbarkeit sämtlicher Formen der Beteiligung befassen; das ist § 11 öE 68.

Es ist demnach zu fragen, ob § 11 öE 68 die Strafbarkeit irgendeines Beteiligten davon abhängig macht, daß ein anderer Beteiligter tatbestandsmäßig-rechtswidrig gehandelt hat. Daß der unmittelbare Täter die strafbare Handlung unabhängig davon begeht, ob die anderen Beteiligten tatbestandsmäßig-rechtswidrig gehandelt haben, ergibt sich schon aus dem bloßen Wortlaut der Strafgesetze des ET; die den § 11 einleitende Negation bestätigt das nur. Die übrigen

1) Eigentliche Aufgabe des § 12 öE 68 ist es, die Vorsatz-unabhängigkeit der Beteiligung zu gewährleisten (dazu vgl. unten E I 1). Wenn man etwas weiter ausholt, läßt sich mit Hilfe des § 12 sogar nachweisen, daß der öE 68 gerade keine limitierte Akzessorietät kennt. Nach § 12 ist jeder Beteiligte nach seiner Schuld zu bestrafen. Nun bestimmt § 4 Abs. 2 S. 1, daß schuldhaftes Handeln vorsätzlich oder fahrlässig sein kann. Das bedeutet demnach, daß ein vorsätzlich handelnder Tatbeteiligter auch dann bestraft werden kann, wenn die übrigen Tatbeteiligten, ibs. der Ausführende, nicht vorsätzlich gehandelt haben (Amtl. Begr. S. 81 Sp. 1). Vorsätzlich handelt nach § 5 Abs. 1 aber nur derjenige, der einen Sachverhalt verwirklichen will, der tatbestandsmäßig und rechtswidrig ist. Das heißt also letztlich, daß die Strafbarkeit eines jeden Beteiligten unabhängig davon ist, ob andere Beteiligte tatbestandsmäßig oder tatbestandsmäßig-rechtswidrig gehandelt haben. Somit kann im öE 68 keine limitierte Akzessorietät existieren.

Beteiligten begehen die strafbaren Handlungen dann, wenn sie einen anderen zu ihrer Ausführung bestimmen oder sonst zu ihrer Ausführung beitragen. Dabei gibt § 11 öE 68 nichts dafür her, daß diese Ausführung, zu der sie beitragen, rechtswidrig sein müßte. Damit ist bereits widerlegt, daß im österreichischen Strafgesetzentwurf eine limitierte Akzessorietät verankert sei.

§ 11 öE 68 gibt aber nicht einmal etwas dafür her, daß die "Ausführung" tatbestandsmäßig sein müßte. Das wäre nur dann der Fall, wenn die "Ausführung" schon vom Begriff her tatbestandsmäßig wäre. Das ist jedoch nicht der Fall; die unmittelbare Tathandlung heißt nämlich auch dann noch "Ausführung", wenn sie - etwa mangels Qualifikation des unmittelbar Handelnden - nicht tatbestandsmäßig ist¹. Zumindest ist das die dem öE 68 zugrunde liegende Terminologie. So bezeichnet die Amtliche Begründung z. B. den Selbstmörder als "Ausführenden"², obwohl der Selbstmörder von den Tötungsdelikten aus dem Kreis der tauglichen Tatbestandsverwirk-

1) So heißt es bei Roxin (Überschrift auf S. 225): "Der Ausführende handelt tatbestandslos." Schönke-Schröder (Anm. 26 vor § 47): "... weil beim Ausführenden keine tatbestandsmäßige ... Handlung vorliegt." Und 3 Zeilen weiter unten: "Der Ausführende ... handelt daher nicht tatbestandsmäßig." Schroeder, Der Täter S. 69 spricht von der "Tatbestandslosigkeit der Ausführungshandlung". Nowakowski, Strafrecht S. 97 (ganz ähnlich ÖJZ 1955/550 Sp. 2): "... durch einen nicht tatbestandsmäßig ... handelnden Ausführenden." Sax (JZ 1963/331 Sp. 2): "... denen trotz ... Tatausführung ... irgendein Element der Tatbestandsmäßigkeit fehlte." Welzel (Strafrecht S. 191 unten) und Jagusch (Leipz. Komm., Anm. II 1 f cc zu § 43) sprechen von der "Tatausführung" bzw. der "Ausführung" des qualifikationslos und daher nach deutschem Strafrecht tatbestandslos handelnden Gehilfen. Jescheck, Lehrbuch S. 448, Eb. Schmidt, Frank-Festgabe Bd. 2 S. 132 und Baumann, Strafrecht S. 555 bezeichnen das Tun des vom mittelbaren Täter benutzten Werkzeugs als "Ausführungshandlung", obwohl manche dieser Werkzeuge mangels Täterqualifikation in jedem Falle tatbestandslos handeln.

2) S. 195 Sp. 1 ganz oben

licher herausgenommen ist. Wenn aber der Selbstmörder "Ausführender" ist, so sind die nichtausführenden Beteiligten gemäß § 11 von den Tötungstatbeständen der §§ 84 ff öE 68 erfaßt¹. Es erweist sich somit, daß es zur Strafbarkeit der nichtausführenden Beteiligten nicht unbedingt erforderlich ist, daß der Ausführende tatbestandsmäßig handelt².

Damit ist gezeigt, daß der öE 68 keine Beteiligten kennt, deren Strafbarkeit dadurch bedingt ist, daß irgendein anderer Beteiligter zumindest tatbestandsmäßig gehandelt hat. Im öE 68 gibt es daher nicht einmal die sog. minimale Akzessorietät³. Die minimale Akzessorietät ist nun aber die unterste Stufe der qualitativen Akzessorietät. Wenn der öE 68 daher nicht einmal eine minimale Akzessorietät kennt, kennt er überhaupt keine qualitative Akzessorietät. Die qualitative Akzessorietät zählt jedoch zu den Wesensmerkmalen der Teilnahme. Da es im öE 68 keine qualitative Akzessorietät gibt, kann keine der am Delikt mitwirkenden Personen bloßer Teilnehmer sein. Das beweist einmal mehr, daß im öE 68 der Einheitstäterbegriff verwirklicht ist.

II. Ist der Einheitstäterbegriff der Täterbegriff des deutschen OWiG 1968?

1. Die gesetzestechnischen Schwächen des § 9 OWiG.

a) Entsprechend der Definition der Straftat in § 11 Abs. 1 Nr. 1 E 62 bestimmt § 1 Abs. 1 OWiG, daß eine Ordnungswi-

1) Die Amtliche Begründung (S. 195 Sp. 1 oben) weist zutreffend darauf hin, daß für die äußere Tatseite des Mordes die Verursachung des Todes eines vom Handelnden verschiedenen Menschen genügt. Diese äußere Tatseite liegt deshalb bei den nichtausführenden Beteiligten eines Selbstmords in jedem Falle vor (vgl. auch unten E VI 1 a).

2) Vgl. auch S. 95 Anm. 1

3) Zur Terminologie und dem Verhältnis zwischen dem Einheitstäterbegriff und der Akzessorietät vgl. oben B VI

drigkeit eine rechtswidrige und vorwerfbare Handlung ist, die den Tatbestand eines Gesetzes verwirklicht, das die Ahndung mit einer Geldbuße zuläßt. Für die Fälle der Alleintäterschaft ist diese Bestimmung ausreichend, nicht aber für die Fälle der Beteiligung. Deshalb legt § 9 Abs. 1 S. 1 OWiG fest, daß im Falle der Beteiligung mehrerer an einer Ordnungswidrigkeit jeder Beteiligte ordnungswidrig handelt. "Ordnungswidrig handeln" heißt aber nichts anderes als (rechtswidrig und vorwerfbar) den Tatbestand eines Gesetzes v e r w i r k l i c h e n , das eine Geldbuße androht¹. § 9 Abs. 1 S. 1 enthält demnach die Aussage, daß ein jeder Beteiligte den Tatbestand verwirklicht. Wenn aber jeder Beteiligte den Tatbestand verwirklicht, dann kann es nach den obigen Ausführungen unter B im OWiG keine Teilnehmer mehr geben; denn den Tatbestand zu verwirklichen ist den Tätern vorbehalten. So gesehen ist der Einheitstäterbegriff Gesetz geworden.

1) Dieser Bedeutungsinhalt des Ausdrucks "ordnungswidrig handeln" folgt unmittelbar aus § 1 Abs. 1 OWiG, denn die Eigenschaft einer Ordnungswidrigkeit ist es, ordnungswidrig zu sein. "Ordnungswidrig handeln" kann demnach nichts anderes heißen als eine Ordnungswidrigkeit begehen. - Die einzelnen Bußgeldbestimmungen bestätigen dieses Ergebnis. Sie beginnen mit: "Ordnungswidrig handelt, wer ...". Der folgende Absatz lautet dann: "Die Ordnungswidrigkeit kann ... geahndet werden." Das aber kann nur bedeuten, daß das, was der "ordnungswidrig Handelnde" tut, eine Ordnungswidrigkeit ist, d. h. eine rechtswidrige und vorwerfbare Handlung, die den Tatbestand verwirklicht. Daß derjenige, der "ordnungswidrig handelt" dabei den Bußgeldtatbestand verwirklicht, ist auch die Auffassung der Amtlichen Begründung (S. 48 Sp. 2; ebenso Göhler, Anm. 1 C zu § 9).

b) Voraussetzung dafür, daß alle Beteiligten "ordnungswidrig handeln", ist nach § 9 Abs. 1 S. 1 allerdings, daß eine "Ordnungswidrigkeit" vorliegt. Dies bedeutet nach § 1 Abs. 1 OWiG eine rechtswidrige und vorwerfbare Handlung, die den Tatbestand eines Bußgeldgesetzes verwirklicht. Für die Ahndung der Beteiligung kommt es aber nach § 9 Abs. 3 S. 1 auf die Vorwerfbarkeit dieser Handlung letztlich doch nicht an. Nach der **R e c h t s v o r a u s - s e t z u n g** des § 9 Abs. 1 S. 1 handeln die Beteiligten also dann ordnungswidrig, wenn eine rechtswidrige Handlung vorliegt, die den Tatbestand eines Bußgeldgesetzes verwirklicht. Durch diese Voraussetzung soll - wie die amtliche Begründung ausführt¹ - im OWiG die limitierte Akzessorietät verankert werden.

Nun haben wir aber oben unter B VI gesehen, daß eine limitierte Akzessorietät und der Einheitstäterbegriff einander ausschließen. Es müssen sich daher Spannungen im Gesetz zeigen, wenn versucht wurde, im OWiG sowohl den Einheitstäterbegriff als auch eine limitierte Akzessorietät einzuführen.

Solche Spannungen zeigen sich denn auch recht schnell. Man braucht dazu nur § 9 Abs. 1 S. 1 etwas genauer zu untersuchen. "Ordnungswidrig handeln" heißt - wie wir oben S. und in der dortigen Anm. gesehen haben -:(rechtswidrig und vorwerfbar) den Tatbestand verwirklichen. Wenn das Gesetz in § 9 Abs. 1 S. 1 bestimmt, daß alle Beteiligten "ordnungswidrig handeln", so wird damit in erster Linie festgelegt, daß jeder Beteiligte den Tatbestand verwirklicht (und somit Täter ist). Diese von § 9 Abs. 1 S. 1 normierte Interpretation des Begriffs der Tatbestandsver-

1) S. 49 Sp. 2

wirklichung setzt jedoch voraus, daß eine Beteiligung an einer "Ordnungswidrigkeit" vorliegt, wobei in dem Passus "Ordnungswidrigkeit" gemäß § 1 Abs. 1 der Begriff der Tatbestandsverwirklichung enthalten ist. Wenn man also in § 9 Abs. 1 S. 1 sowohl den Ausdruck "ordnungswidrig handeln" als auch den Passus "Ordnungswidrigkeit" technisch verstehen wollte, dann wäre diese Vorschrift eine Norm, die den Begriff der Tatbestandsverwirklichung mit Hilfe eines Ausdrucks festzulegen versuchte, der wiederum den Begriff der Tatbestandsverwirklichung enthält. Das erscheint jedoch nicht möglich. Man kann einen Begriff nicht mit Hilfe eines Ausdrucks festlegen, der den eben erst zu definierenden Begriff enthält.

c) Angesichts des § 9 Abs. 1 S. 1 OWiG steht man daher vor folgender Alternative:

aa) Geht man davon aus, daß der Passus "ordnungswidrig handeln" technisch zu verstehen ist, dann wird durch § 9 Abs. 1 S. 1 festgelegt, daß alle Beteiligten den Tatbestand verwirklichen (Einheitstäterschaft). Wenn aber durch § 9 Abs. 1 S. 1 OWiG der Begriff der Tatbestandsverwirklichung gesetzlich interpretiert wird, dann darf der Begriff der Tatbestandsverwirklichung in der Rechtsvoraussetzung dieser Vorschrift nicht enthalten sein. Er wäre aber darin enthalten, wenn man den in § 9 Abs. 1 S. 1 enthaltenen Ausdruck "Ordnungswidrigkeit" i. S. von § 1 Abs. 1 verstünde. Das bedeutet, daß man bei dieser Alternative den Ausdruck "Ordnungswidrigkeit" untechnisch verstehen muß, dergestalt, daß er den Begriff der Tatbestandsverwirklichung nicht enthält.

bb) Geht man dagegen davon aus, daß der in § 9 Abs. 1 S. 1 enthaltene Ausdruck "Ordnungswidrigkeit" i. S. von § 1 Abs. 1 zu verstehen ist, so enthält bereits die Rechtsvoraussetzung den Begriff der Tatbestandsverwirklichung. Dann kann dieser bereits in der Rechtsvoraussetzung enthaltene Begriff nicht mehr durch die Rechtsaussage des § 9 Abs. 1 S. 1 festgelegt werden. Da die Festlegung des Begriffs der Tatbestandsverwirklichung über den Täterbegriff entscheidet, wäre § 9 demnach keine Vorschrift, die den Täterbegriff des OWiG festlegte. Als ein Begriff, der bereits in der Rechtsvoraussetzung des § 9 Abs. 1 S. 1 enthalten wäre, müßte der Begriff der Tatbestandsverwirklichung (und damit der Täterbegriff) dem § 9 bereits vorgegeben sein.

Dabei könnte man es kaum als vorgegeben ansehen, daß sämtliche Formen der Beteiligung den Tatbestand verwirklichen (Einheitstäterschaft). § 9 Abs. 1 S. 1 wäre in diesem Falle nämlich nur dann sinnvoll, wenn er den Gesetzesinterpreten auf eben dieses Ergebnis festlegen könnte. Gerade das aber vermöchte § 9 nicht. Versteht man den Ausdruck "Ordnungswidrigkeit" i. S. v. § 1 Abs. 1, so hat § 9 Abs. 1 S. 1 nur dann einen Sinn, wenn man davon ausgeht, daß nicht alle Beteiligten den Tatbestand verwirklichen. Aufgabe des § 9 wäre es dann, dafür zu sorgen, daß auch diese nicht tatbestandsmäßig handelnden Beteiligten - das wären bloße Teilnehmer - mit einer Geldbuße belegt werden können. So versteht etwa Cramer den § 9 und kommt zu dem Ergebnis, daß auch das neue OWiG zwischen Tätern und Teilnehmern differenziere¹.

Daß das OWiG Täter und Teilnehmer kennen würde, wenn der Begriff "Ordnungswidrigkeit" in § 9 Abs. 1 S. 1 technisch

1) NJW 1969/1932 Sp. 2

zu verstehen wäre, kann nicht überraschen. Ein derartiges Begriffsverständnis führt nämlich - wie oben¹ dargelegt wurde - zur Verankerung einer limitierten Akzessorietät, die mit dem Einheitstäterbegriff unvereinbar ist.

Es zeigt sich demnach, daß § 9 Abs. 1 S. 1 hinsichtlich des Täterbegriffes des OWiG nicht eindeutig ist. Das wirft die Frage auf, ob sich nicht wenigstens aus den übrigen Bestimmungen des Gesetzes, insb. aus § 9 Abs. 1 S. 2 und den Abs. 2, 3 und 4, klar ergibt, daß das OWiG dem Einheitstäterbegriff folgt. Diesem Problem gilt die weitere Untersuchung.

2. Die Analyse des § 9 OWiG.

a) Bei einem derart neuen Gesetz wie dem OWiG ist es wohl nicht verfehlt, den historischen Willen des Gesetzgebers zur Auslegung des Gesetzes heranzuziehen. Die Amtliche Begründung zum OWiG läßt keinen Zweifel daran, daß im Recht der Ordnungswidrigkeiten durch § 9 der Einheits-täterbegriff eingeführt werden sollte². In § 9 des Referentenentwurfs war sogar ausdrücklich gesagt, daß alle Beteiligten Täter sein sollen³. Andererseits bekennt sich jedoch die Amtliche Begründung zur limitierten Akzessorietät⁴, und auch die Verwendung des Begriffs "Ordnungswidrigkeit" in der Rechtsvoraussetzung des § 9 des Referentenentwurfs stellt den Versuch dar, im OWiG eine limitierte Akzessorietät zu verankern. Die Verankerung einer limitierten Akzessorietät ist jedoch mit dem Einheitstäterbegriff unvereinbar. Es fragt sich demnach, welches Bekenntnis dem Gesetzgeber des OWiG höher stand, dasjenige zum Einheitstäterbegriff oder dasjenige zur limitierten Akzessorietät. Darauf läßt sich

1) C II 1 b

2) S. 28 Sp. 2 und S. 47 ff

3) "Beteiligen sich mehrere an einer Ordnungswidrigkeit, so ist jeder von ihnen Täter ...".

4) S. 49 Sp. 2

kaum eine Antwort geben. Die Amtliche Strafrechtskommission 1935 z. B. hat sich, als sie sich dieses Dilemmas bewußt wurde, für die limitierte Akzessorietät und gegen den Einheitstäterbegriff entschieden¹. Daher läßt sich wohl nur soviel sagen, daß das Plädoyer für die Einheitstäterlösung durch die gleichzeitige Befürwortung der mit der Einheits-täterlösung unvereinbaren limitierten Akzessorietät an Aussagegewert verliert.

b) Die Auslegung eines Gesetzes hat sich jedoch ohnehin weniger nach der subjektiven Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe zu richten. In erster Linie kommt es vielmehr auf den im Gesetz zum Ausdruck gekommenen objektivierten Willen des Gesetzgebers an, so wie er sich aus dem Wortlaut der Vorschrift und dem Sinnzusammenhang ergibt².

Ausgangspunkt der Untersuchung ist § 9 OWiG. Dessen Gesetzesüberschrift heißt "Beteiligung". Die entsprechende Gesetzesüberschrift im 2. StrRG lautet dagegen "Täterschaft und Teilnahme". Dieser Unterschied ist auffällig, da das OWiG doch sehr unter dem Eindruck der Strafrechtsreform abgefaßt wurde³. Auch an § 9 OWiG läßt sich das zeigen. So ist z. B. der Begriff der besonderen persönlichen Merkmale des § 9 Abs. 1 S. 2 OWiG dem § 14 E 62 entnommen. Wenn also das OWiG zwischen Tätern und Teilnehmern unterscheiden wollte, so wäre zu erwarten, daß es dieselbe Gesetzesüberschrift trüge wie das 2. StrRG. Auch das alte OWiG von 1952 hatte in seinem § 10 die Gesetzesüberschrift der entsprechenden Paragraphen des Strafgesetzbuchs übernommen. Diese vom Strafrecht abweichende Gesetzesüberschrift deutet an, daß das OWiG bei der Regelung der Beteiligung andere Wege gehen möchte als das Strafrecht. Das ist daher ein Indiz für die Verankerung der Einheitstäterlösung im OWiG.

1) v. Dohnanyi S. 109/110 und 114

2) Schwalm JZ 1970/488 m. ausführl. Nachw. der Rspr. des BVerfG, BGH, BFH, BVwG und des BSG in der dortigen Anm. 6

3) Das hebt auch die Amtl. Begr. z. OWiG hervor: S. 26 Sp. 2 und S. 40 Sp. 1

c) Auf den Begriff der Beteiligung beschränkt sich ferner § 9 Abs. 1 S. 1 OWiG. Auch sonst sind im Gesetz die geläufigen Begriffe "Teilnehmer", "Anstifter" und "Gehilfe" nicht mehr zu finden. Auch diese Beschränkung darf als ein gewisser, aus dem Gesetz selbst hervorgehender Hinweis auf die Verankerung der Einheitstäterlösung gelten. Dabei wird nicht verkannt, daß die ausschließliche Verwendung des Begriffes "Beteiligung" an und für sich die Auslegung, daß ein Gesetz neben Tätern auch Teilnehmer kennt, keinesfalls zu hindern vermag, da ja auch Teilnehmer "Beteiligte" sind¹. Hier ist aber zu bedenken, daß in allen deutschen Gesetzen und Entwürfen, die zwischen Täterschaft und Teilnahme differenzieren, diese Differenzierung auch beim Namen genannt ist. Überall wird ausdrücklich von Teilnehmern, Anstiftern und Gehilfen gesprochen. Wenn daher das OWiG diese Begriffe meidet und nur von Beteiligung redet, dann wird man hierin einen Hinweis darauf sehen können, daß mit dieser vom sonstigen Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht so völlig abweichenden Terminologie auch ein Unterschied in der Sache gemeint ist.

d) Ein weiteres und gewichtiges Indiz für die Verwirklichung der Einheitstäterlösung liefert § 9 Abs. 1 S. 2. Für die Einheitstäterschaft ist diese Vorschrift die notwendige Ergänzung zu § 9 Abs. 1 S. 1. Normiert § 9 Abs. 1 S. 1 eine Handlungszurechnung, so ordnet § 9 Abs. 1 S. 2 die bei den Delikten mit besonderen persönlichen Merkmalen erforderliche Zurechnung der Tätermerkmale an.

Wollte man dagegen zwischen Tätern und Teilnehmern unterscheiden, so wäre § 9 Abs. 1 S. 2 überflüssig. Die nichtqualifizierten Beteiligten wären in diesem Falle als bloße Teilnehmer einzustufen. Da Teilnehmer aber nicht tatbestandsmäßig handeln, sondern lediglich fremde Tatbestandsverwirklichung verursachen, brauchen sie auch nicht im Besitze des besonderen persönlichen Tatbestandsmerkmals zu sein, damit sie verfolgt werden können. Um nichtquali-

1) Vgl. oben B III

fizierte Teilnehmer verfolgen zu können, hätte es daher keiner eigenen Vorschrift bedurft. Auch das 2. StrRG enthält keine derartige Bestimmung.

§ 9 Abs. 1 S. 2 hat jedoch ersichtlich die Aufgabe, auch die nichtqualifizierten Beteiligten erfassen zu helfen. Da aber die Möglichkeit, Nichtqualifizierte als Teilnehmer zu verfolgen, schon seit Jahrzehnten völlig unbestritten ist, hätte § 9 Abs. 1 S. 2 nicht einmal als deklaratorische Vorschrift einen rechten Sinn. Damit zeigt sich, daß dem § 9 Abs. 1 S. 2 nur dann eine echte Bedeutung zukommt, wenn man vom Einheitstäterbegriff ausgeht.

Wenn nun aber eine Vorschrift angesichts zweier Auslegungen in dem einen Falle eine echte Bedeutung hat, während sie sich im anderen Falle als überflüssig und funktionslos erweisen würde, dann ist die Auslegung vorzuziehen, wonach der Gesetzesvorschrift Sinn und Bedeutung zukommt. § 9 Abs. 1 S. 2 spricht daher sehr dafür, daß das OWiG dem Einheitstäterbegriff folgt.

e) Nunmehr ist § 9 Abs. 2 OWiG zu untersuchen. Dessen rechtspolitische Aufgabe ist es, einerseits die Ahndung der Beteiligung am Versuch zu normieren (dort, wo der Versuch überhaupt geahndet wird), andererseits aber die Verfolgung der "versuchten Teilnahme" im herkömmlichen Sinne auszuschließen¹.

Auch diese Vorschrift wäre überflüssig, wenn das OWiG zwischen Tätern und Teilnehmern unterscheiden würde. Um die Beteiligung am Versuch zu erfassen, bedarf es nämlich keiner eigenen Vorschrift über die Mitwirkung am Versuch. Das geltende StGB, das 2. StrRG und das OWiG 1952 kennen keine derartige Vorschrift. Und auch die versuchte Teilnahme ist - wenn man zwischen Tätern und Teilnehmern differenziert - nur insoweit erfaßt, als für sie spezielle Vorschriften wie etwa § 49 a StGB oder § 30 des 2. StrRG

1) Amtl. Begr. z. OWiG S. 48 Sp. 1; Bode S. 35; Göhler Anm. 3 und Rebmann-Roth-Hermann Anm. 18 zu § 9

bestehen. So war z. B. im alten OWiG von 1952 die Verfolgung der versuchten Teilnahme dadurch verhindert, daß § 10 Abs. 2 nicht auf den § 49 a StGB verwies. Auch um eine extreme Akzessorietät auszuschließen, hätte es des § 9 Abs. 2 OWiG nicht bedurft; zu diesem Zwecke hätte § 9 Abs. 3 vollauf genügt.

Wenn man dagegen vom Einheitstäterbegriff ausgeht, bedarf es einer Bestimmung wie des § 9 Abs. 2. In diesem Falle legt nämlich § 9 Abs. 1 nur fest, daß alle Beteiligten den Tatbestand verwirklichen, wenn das Komplott vollständig ausgeführt werden konnte. § 9 Abs. 1 sagt jedoch nichts darüber aus, was rechtens ist, wenn das Komplott nicht zum Ziele gelangt ist, sei es, daß die Verschwörung nicht über das Vorbereitungsstadium hinaus gelangte oder daß das Vorhaben während der Ausführung stecken blieb oder daß es am Handlungserfolg fehlte.

Nun gibt es jedoch sehr zahlreiche Stimmen, die behaupten, daß die versuchte Teilnahme bei Zugrundelegung des Einheitstäterbegriffes - weil dann "versuchte Täterschaft" - in jedem Falle in den Bereich des ahndbaren Versuchs fiele¹. Schon um dieser weit verbreiteten Ansicht vorzubeugen, bedurfte es daher einer Bestimmung, die die Ahndungsmöglichkeiten bei der Beteiligung auf die Fälle begrenzt, in denen es immerhin zum Versuch, d. h. zum Anfang der Ausführung der Ordnungswidrigkeit (§ 8 Abs. 1 S. 1), gekommen ist. Auch der ÖE 68 z. B. enthält in seinem § 14 eine Bestimmung über die Beteiligung am Versuch. Es erweist sich demnach, daß dem § 9 Abs. 2 nur dann eine echte Funktion zukommt, wenn man vom Einheitstäterbegriff ausgeht. Daher spricht auch diese Vorschrift dafür, daß im OWiG der Einheitstäterbegriff verankert ist.

Cramer² sieht allerdings gerade in § 9 Abs. 2 den Beweis dafür, daß das OWiG nicht dem Einheitstäterbegriff folge. Er behauptet nämlich, die Einheitstäterlösung führe zur

1) Vgl. unten E IV

2) NJW 1969/1932

Ahndbarkeit der versuchten Teilnahme. Um dieses unerwünschte Ergebnis zu vermeiden, will er dieses Gesetz in einem "halsbrecherischen interpretatorischen Trapezakt" dahin deuten, daß es zwischen Täterschaft und Teilnahme differenziere. Wenn aber § 9 Abs. 2 bestimmt, daß die Beteiligung nur dann geahndet werden kann, wenn das Komplott mindestens bis zum Versuch, d. h. bis zum Anfang der Ausführung gelangt ist, dann kann die Verfolgung der Beteiligten eben frühestens dann einsetzen, wenn es zum Anfang der Ausführung gekommen ist. Da sich die versuchte Teilnahme gerade dadurch auszeichnet, daß es nicht zum Anfang der Ausführung gekommen ist, ist sie von § 9 Abs. 2 gerade nicht erfaßt. Wenn Cramer daher meint, im OWiG zwischen Tätern und Teilnehmern unterscheiden zu müssen, so tut er das, um Folgen des Einheitstäterbegriffs zu vermeiden, zu denen der Einheitstäterbegriff in Wahrheit gar nicht führt¹.

f) Damit ist die Untersuchung bei § 9 Abs. 3 angelangt. Hier ist zu überlegen, ob man nicht in § 9 Abs. 3 eine Vorschrift sehen kann, die die qualitative Akzessorietät ausschließt. In diesem Falle würde § 9 Abs. 3 eindeutig für die Einheitstäterschaft sprechen.

Die qualitative Akzessorietät wäre dann ausgeschlossen, wenn § 9 Abs. 3 S. 2 die Wirkung der Tatbestands-, Rechtswidrigkeits-, Vorwerfbarkeits- und Ahndungsausschließungsgründe auf den jeweils betroffenen Beteiligten beschränken würde. Daß die Vorwerfbarkeitsausschließungsgründe unter die ahndungsausschließenden besonderen persönlichen Merkmale zählen, ist schon mehrfach vertreten worden². Und es wird auch vertreten, daß die subjektiven Rechtfertigungselemente, die zur Rechtfertigung führen, unter diese besonderen persönlichen Merkmale fallen³. Dann müßte es auch möglich sein, besondere Subjektsqualitäten, die jemand als

1) Eine ausführliche Behandlung des Problems der versuchten Teilnahme erfolgt unten E IV

2) Kohlrausch-Lange, Anm. III 3 zu § 50; Baumann S. 597 und Mezger in Leipz. Komm., Anm. 12 b zu § 50

3) Z. B. Baumann S. 597

Täter ausschließen¹, als ein die Ahndung ausschließendes besonderes persönliches Merkmal zu betrachten.

Isoliert gesehen kann man § 9 Abs. 3 S. 2 als eine Vorschrift auffassen, die die qualitative Akzessorietät ausschließt. Diese Auffassung würde allerdings dazu führen, daß § 9 Abs. 3 S. 1 nur Klarstellungswert zu der im S. 2 bereits mitenthaltenen Regelung besäße. Aber auch wenn man nur solche Umstände zu den ahndungsausschließenden besonderen persönlichen Merkmalen des § 9 Abs. 3 S. 2 zählt, die trotz bestehender Verwerfbarkeit eine Ahndung verhindern, widerspricht § 9 Abs. 3 dem Einheitstäterbegriff nicht. Vorschriften wie der § 9 Abs. 3 sind nämlich - wie oben S. 94 dargelegt wurde - nicht geeignet, die mit der Einheitstäterlösung unvereinbare limitierte Akzessorietät einzuführen; sie vermögen allenfalls das Bestehen einer extremen Akzessorietät auszuschließen. Eine extreme Akzessorietät kann es bei der Einheitstäterlösung jedoch ohnehin nicht geben, da hier ein jeder Beteiligte ohne Rücksicht auf die Schuldhaftigkeit, Rechtswidrigkeit oder Tatbestandsmäßigkeit der Handlungen seiner Komplizen beurteilt wird (Ausschluß der sog. qualitativen Akzessorietät²).

Wenn das Gesetz aber schon darüber spricht, wie sich die rechtliche Beurteilung einer Beteiligungshandlung für die Beurteilung der anderen Beteiligungshandlungen auswirkt, dann hätte es sich angesichts der Einheits-täterlösung allerdings nicht auf die Aussage beschränken sollen, daß jede Beteiligungshandlung ohne Rücksicht auf die konkrete Ahndbarkeit und Verwerfbarkeit der übrigen Beteiligungshandlungen verfolgt werden kann. Es hätte vielmehr auch bestimmen sollen, daß die Beteiligung grundsätzlich auch dann geahndet werden kann, wenn die anderen Beteiligten rechtmäßig oder tatbestandslos gehandelt haben. Die Aus-

1) So etwa, wenn jemand Opfer des Delikts ist.

2) Vgl. oben B VI

sage des § 9 Abs. 3 ist im Hinblick auf die Einheitstäterlösung daher zwar richtig, letztlich aber doch irgendwie unvollständig.

Es ist deshalb zu überlegen, ob die Aussage des § 9 Abs. 3 nicht besser paßt, wenn man davon ausgeht, daß das OWiG zwischen Tätern und Teilnehmern unterscheidet. Zu dieser Differenzierung zwischen Tätern und Teilnehmern gelangt man, wenn man den in § 9 Abs. 1 S. 1 enthaltenen Begriff "Ordnungswidrigkeit" i. S. v. § 1 Abs. 1 versteht. Tut man das, so könnten die Beteiligten nur dann mit Geldbuße belegt werden, wenn eine tatbestandsmäßige, rechtswidrige und vorwerfbare Handlung vorläge. Das bedeutete die Verankerung einer extremen Akzessorietät. Eine extreme Akzessorietät ist jedoch vom Gesetzgeber nicht gewollt; sie auszuschließen wäre daher die Aufgabe des § 9 Abs. 3. Hierzu eignet er sich auch ganz genau. Da § 9 Abs. 3 angesichts der Einheitstäterlösung nur eine bruchstückhafte Regelung darstellen würde, so aber genau paßt, spricht er eher für eine Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme.

g) Auch § 9 Abs. 4 ist auf seinen Aussagewert hinsichtlich des Täterbegriffes zu prüfen. Rechtspolitische Aufgabe dieser Vorschrift ist es, den alten Rechtszustand zu beseitigen, wonach alle Beteiligten wegen einer Straftat verfolgt wurden, wenn auch nur der Täter i. eng. S. das besondere persönliche Merkmal aufwies, wonach es aber für die Teilnehmer bei einer Ordnungswidrigkeit verblieb, wenn nur sie dieses Merkmal besaßen. Durch § 9 Abs. 4 soll demgegenüber erreicht werden, daß ein jeder Beteiligter ausschließlich nach Maßgabe seiner persönlichen Merkmale behandelt wird¹. Diesem rechtspolitischen Anliegen des Gesetzgebers wird man nur dann gerecht, wenn man den in § 9 Abs. 4 verwendeten Begriff "Täter" so versteht, daß er sämtliche Beteiligte umfaßt. Schon um des rechtspolitischen Zieles willen wird man daher den § 9 Abs. 4 i. S. d. Einheitstäterschaft auslegen müssen.

1) Amtl. Begr. S. 50 Sp. 1

Es fragt sich außerdem, ob nicht bereits der bloße Wortlaut des § 9 Abs. 4 dieses Ergebnis erzwingt. Man prüfe dazu, was diese Vorschrift besagen würde, wenn man unter dem Begriff "Täter" nur den Täter i. eng. S. verstehen wollte. Da der in § 9 Abs. 4 enthaltene Begriff des "Beteiligten" bei einer Differenzierung sowohl Täter i. eng. S. als auch bloße Teilnehmer umfaßt, hätte § 9 Abs. 4 folgenden Inhalt: "Bestimmt das Gesetz, daß eine Handlung, die sonst eine Ordnungswidrigkeit wäre, bei besonderen persönlichen Merkmalen des Täters i. eng. S. eine Straftat ist, so gilt dies nur für den Täter i. eng. S. oder Teilnehmer, bei dem sie vorliegen." Eine derartige Aussage wäre unsinnig. § 9 Abs. 4 kann daher auch seinem Wortlaut nach nur i. S. d. Einheitstäter erschafft verstanden werden.

h) Für die Einheitstäterlösung sprechen aber auch all diejenigen Vorschriften, in denen außerhalb des § 9 OWiG der Begriff "Ordnungswidrigkeit" gebraucht ist, wie z. B. in den §§ 3 Abs. 1, 3 und 4, 4 Abs. 1 und 2, 5, 6, 13 Abs. 4 usw. Da Teilnehmer im Gegensatz zu Tätern nicht den Tatbestand verwirklichen, können sie auch keine "Ordnungswidrigkeit" i. S. v. § 1 Abs. 1 begehen. Nun ist aber evident, daß die zitierten Vorschriften auf sämtliche Beteiligte anwendbar sein sollen. Wollte man sie aber auch auf Teilnehmer anwenden, so müßte man den in diesen Vorschriften enthaltenen Begriff "Ordnungswidrigkeit" untechnisch verstehen. Wenn aber das Gesetz den Begriff "Ordnungswidrigkeit" in all diesen Fällen untechnisch gebrauchen würde, dann müßte man doch wirklich fragen, wieso es diesen Begriff dann überhaupt in § 1 Abs. 1 definiert, wenn es sich in aller Regel nicht an diese Definition hielte.

Geht man dagegen vom Einheitstäterbegriff aus, so handelt jeder Beteiligte ordnungswidrig. Damit begehen sämtliche Beteiligte eine Ordnungswidrigkeit i. S. d. § 1 Abs. 1, so daß die oben angeführten Vorschriften - ihrem Sinn und Zweck entsprechend - auf alle Mitwirkenden anwendbar sind. Diese Überlegung liefert ein weiteres Argument dafür, daß das OWiG dem Einheitstäterbegriff folgt.

3. Ergebnis

Ausgehend von dem Umstand, daß die Vorschriften des OWiG ganz überwiegend besser der Einheitstäterschaft entsprechen, und angesichts der Tatsache, daß § 9 Abs. 4 nur von der Einheitstäterschaft her verstanden werden kann, ist festzustellen, daß der Einheitstäterbegriff der Täterbegriff des OWiG ist.

Gesetzestechisch läßt § 9 OWiG allerdings einiges zu wünschen übrig. Wer die Ausführungen von Dreher liest, der nach eigenem Bekenntnis¹ maßgeblich an den Vorarbeiten zu § 9 OWiG beteiligt war, gewinnt den Eindruck, daß diese Mängel durchaus nicht zufälliger Natur sind. Es scheint vielmehr, als wären sich die Gesetzesväter dieser Bestimmung über das Wesen des Einheitstäterbegriffs nicht immer völlig im klaren gewesen. Dreher behauptet nämlich, daß dem OWiG der restriktive Täterbegriff zugrunde liege². Hierzu ist zu bemerken, daß ein Gesetz, dem der restriktive Täterbegriff zugrunde liegt, nicht auf dem Boden des Einheits-täterbegriffs stehen kann. Für den restriktiven Täterbe-griff haben die Vorschriften über die Beteiligung straf-konstitutiven Charakter, so daß sie Teilnahmevorschriften sind; angesichts des Einheitstäterbegriffs haben sie nur deklaratorische Natur³. Der Einheitstäterbegriff ist der extensive Täterbegriff par excellence, d. h. ein extensiver Täterbegriff ohne Teilnahmevorschriften.

Wollte man im OWiG den Einheitstäterbegriff eindeutiger festlegen, so sollte § 9 Abs. 1 S. 1 - in Anlehnung an § 12 öE 71 (= § 11 öE 68) - etwa lauten: "Nicht nur der unmittelbare Täter begeht die Ordnungswidrigkeit, sondern auch jeder, der vorsätzlich zu deren Ausführungshandlung beiträgt."

1) NJW 1970/217 Sp. 1

2) NJW 1970/219 Sp. 2

3) Vgl. den Text zu S. 72 Anm. 1

III. Ist der Einheitstäterbegriff der Täterbegriff des italienischen StGB?

1. Die deutsche Literatur sieht im c. p. i. den Einheits- täterbegriff verwirklicht.

Das alte italienische StGB von 1889, der sog. Codice Zanardelli, unterschied in seinem Art. 63 Ausführende, unmittelbar Mitwirkende und Anstifter, die er allesamt dem für das Verbrechen festgesetzten Strafraum unterwarf. Die Strafe des Anstifters war allerdings um ein Sechstel herabzusetzen, wenn der Ausführende das Verbrechen auch aus eigenen Motiven heraus begangen hatte. In Art. 64 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 waren die übrigen Fälle der Beteiligung geregelt, die sich unschwer als Fälle der Beihilfe einordnen lassen. Hier war die Strafe nach Art. 64 Abs. 2 auf die Hälfte herabzusetzen, es sei denn, das Verbrechen hätte ohne den betreffenden Beteiligten nicht begangen werden können.

Diese Bestimmungen haben sich nicht bewährt. Weder der Literatur noch der Rspr. gelang es, die verschiedenen Beteiligungsformen in befriedigender Weise voneinander abzugrenzen¹. Zum großen Teil hatte man diese Beteiligungsformen durch Kausalitätsunterschiede zu erklären versucht². Das machte die Regelung des Codice Zanardelli erst recht suspekt, als sich zu Anfang dieses Jahrhunderts überall im Strafrecht die Äquivalenztheorie durchsetzte, die keine Kausalitätsunterschiede mehr anerkannte. Die damals dominierende naturalistische Strafrechtstheorie sowie die spezial-präventiv orientierten Kriminalisten propagierten außerdem lautstark die Gleichwertigkeit aller Beteiligungsformen. Das traf sich mit der Tendenz des faschistischen Gesetzgebers von 1930, im Strafrecht hart durchzugreifen und die vielen Privilegierungen bei der Beteiligung zu beseitigen.

1) Relazione zum c. p. i. S. 166; Relazione zum iE 1949 S. 60

2) Bettiol S. 527/528. Diese und die nachstehend beschriebenen Erscheinungen sind der Ausdruck des damaligen Zeitgeistes: vgl. D I und F II

In der Amtlichen Begründung zum geltenden StGB, das nach seinem maßgeblichen Verfasser Codice Rocco genannt wird, steht daher zu lesen, daß der Entwurf die Regelung der Beteiligung aus theoretischen und praktischen Gründen tiefgreifend erneuert habe. Die gesamten Unterscheidungen des bisher geltenden Rechts gebe er auf. Die gleiche Verantwortlichkeit aller Mitwirkenden sei die Konsequenz der Tatsache, daß ein jeder von ihnen den Erfolg verursacht habe, so daß auch jeder voll für ihn einstehen müsse¹.

Das Gesetz selbst - Art. 110 - nennt die verschiedenen Formen der Beteiligung nicht mehr. Es spricht nur noch von "concorso" (Beteiligung). Grundsätzlich unterliegen auch alle Mitwirkenden demselben Strafraumen. Daher deutete schon v. Dohnanyi die Regelung des geltenden italienischen StGB i. S. d. Einheitstäterlösung². Zu demselben Ergebnis gelangte Dietz in seinem Gutachten über die Täterschaft und Teilnahme im ausländischen Strafrecht, das in den Materialien zur Strafrechtsreform enthalten ist³. Und schließlich sprach auch ein Kenner des italienischen Rechts wie Heinitz davon, daß der Codice penale alle Teilnahmeformen beseitigt habe und daß man auch de lege ferenda eine Rückkehr zum System einer Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme ablehne⁴. Seither gilt im deutschen Schrifttum das italienischen StGB als markantes gesetzliches Beispiel der Einheitstäterlösung⁵. Die Frage, ob diese Auffassung zutrifft, ist ihs. deshalb interessant, weil

1) Relazione zum c. p. i. S. 165

2) S. 98

3) Mat. II S. 329 und Dietz 1957 S. 74

4) Festschrift S. 96 und 96/97

5) Jescheck, Lehrbuch S. 429; Bockelmann, Deutsche Beiträge S. 46; Blau, Deutsche Beiträge S. 86/87; Schwalm, Englisch-Festschrift S. 552 Anm. 4; Dannert S. 63 (vgl. aber auch S. 64); v. Uthmann, Der Urheber S. 52; H. Mayer, Rittler-Festschrift S. 252; Schmidhäuser, Strafrecht S. 399; Kienapfel NJW 1970/4828 Sp. 1

man aus den Erfahrungen mit dem c.p.i. Rückschlüsse auf die Opportunität der Einheitstäterlösung zu ziehen pflegt. So wird behauptet, die Unbrauchbarkeit der Einheitstäterlösung zeige sich u. a. daran, daß sich im italienischen Strafrecht bei den Sonderdelikten und eigenhändigen Verbrechen Schwierigkeiten ergäben¹.

Es ist jedoch keineswegs so klar, daß der Codice penale dem Einheitstäterbegriff folgt. Art. 110 bestimmt nämlich nicht, daß sämtliche Beteiligte - unmittelbar oder mittelbar handelnd - das Verbrechen begehen. Er besagt vielmehr nur, daß grundsätzlich alle Beteiligten demselben Strafrahmen unterliegen. Es wurde aber bereits oben unter B III festgestellt, daß die Bestrafung sämtlicher Beteiligter aus demselben Strafrahmen ebensowenig ein sicherer Beweis für die Verwirklichung der Einheitstäterschaft ist wie die Nichtnennung verschiedener Formen der Beteiligung im Gesetz. Außerdem fehlt im Codice penale eine Vorschrift über die Delikte mit besonderen strafbegründenden persönlichen Merkmalen, die die entsprechenden Strafnormen des BT auf alle Mitwirkenden anwendbar macht, wenn auch nur einer von ihnen Intraneus ist. Zu diesem Zwecke ist in das deutsche OWiG der § 9 Abs. 1 S. 2 und in den ÖE 68 der § 13 eingefügt. Art. 117 ist keine derartige Vorschrift. Er betrifft nämlich - wie schon sein bloßer Wortlaut ergibt - nur die deliktsändernden, nicht aber auch die deliktsbegründenden besonderen Merkmale².

Bei diesen Bemerkungen soll es sein Bewenden haben, denn es kann hier nicht darum gehen, wie der Verfasser den c.p.i. auslegt. Es gilt vielmehr zu untersuchen, wie die Italiener ihr StGB verstehen und anwenden.

-
- 1) Jescheck Nschr. Bd. 2 S. 98 und Lehrbuch S. 429; Dietz 1957 S. 77; v. Uthmann, Der Urheber S. 53
 - 2) In Italien allg. M.: Cass. 19-6-1962, Cass.pen. 1962/874, m. 1621 (Schillaci); Bettiol S. 548; Antolisei, Diritto penale S. 427; Salama S. 186, Latagliata, I principi S. 215. Auch Art. 118 c.p.i. läßt sich damit nicht vergleichen, wie Kienapfel (NJW 1970/1832 Anm. 35) meint. Diese Vorschrift betrifft besondere persönliche Merkmale überhaupt nicht, geschweige denn die strafbegründenden.

2. Die Haltung der italienischen Literatur.

Wenn man untersucht, welchen Täterbegriff die italienische Strafrechtslehre dem Codice penale zugrunde legt, ist von folgenden Kriterien auszugehen: Als Anhänger des Einheitstäterbegriffs¹ muß gelten, wer sich ausdrücklich zu ihm bekennt und wer alle Beteiligten als Täter bezeichnet. Ein Verfechter der Einheitstäterschaft muß ferner davon ausgehen, daß alle Beteiligten unter die Tatbestände des BT fallen, sodaß Art. 110 c. p. i. im Grunde nur deklaratorischer Natur ist. Außerdem darf es für ihn keine qualitativ akzessorische Beteiligung geben.

Gegner des Einheitstäterbegriffs ist, wer ausdrücklich zwischen dem Täter (autore) und dem Teilnehmer (partecipe) differenziert. Gegner ist ferner, wer sich zum restriktiven Täterbegriff bekennt und lehrt, daß die Tatbestände des BT nicht alle Beteiligten erfassen. Für ihn wird Art. 110 daher strafkonstitutive Natur haben und Straf- oder Tatbestandsausdehnungsgrund sein. Gegner ist außerdem, wer eine qualitative Akzessorietät befürwortet.

a) Die Gegner des Einheitstäterbegriffs.

Zu den Gegnern des Einheitstäterbegriffs zählt ihs. Ranieri. In seinem Lehrbuch, das zu den führenden Strafrechtslehrbüchern Italiens zählt, differenziert er auf S. 436 zwischen Tätern und Teilnehmern. Konsequenterweise erkennt er den Normen über die Beteiligung nicht deklaratorischen, sondern strafkonstitutiven Charakter zu (S. 437).

Auch das sehr angesehene Lehrbuch von Bettiol unterscheidet Täter und Teilnehmer (S. 513/518). Den Einheitstäterbegriff lehnt Bettiol entschieden ab und bekennt sich zum restriktiven Täterbegriff (S. 512). Er befürwortet außerdem eine limitierte Akzessorietät der Teilnahme (S. 534).

1) Wenn man im italienischen Schrifttum den Einheitstäterbegriff meint, so spricht man - wie auch in der älteren deutschen Literatur - vom "extensiven Täterbegriff" (concetto estensivo di autore) oder von der "extensiven Interpretation der Tatbestände" (interpretazione estensiva delle fattispecie) oder einfach von der "extensiven Auffassung" (concezione estensiva).

Maggiore macht in seinem bekannten Lehrbuch aus seiner Neigung für den Einheitstäterbegriff keinen Hehl (S. 564/565). Gleichwohl geht er aber davon aus, daß der Codice penale zwischen Tätern und Teilnehmern differenziert (S. 567/568). Ferner vertritt er eine limitierte Akzessorietät (S. 571).

Auch Frosali redet der Differenzierung das Wort, wenn er auf S. 79 den Täter und auf S. 81 den Teilnehmer definiert. Zudem bekennt er sich zur limitierten Akzessorietät.

Cavallo bezeichnet sich als Anhänger des restriktiven Täterbegriffs (S. 762). Den Vorschriften über den "Concorso" mißt er strafbegründenden Charakter bei (S. 763). Schließlich unterscheidet er expressis verbis zwischen Täterschaft und Teilnahme und spricht sich für eine limitierte Akzessorietät aus (S. 769).

Auch Vannini wird man hierher rechnen müssen; denn er bezeichnet die Vorschriften über die Beteiligung als Strafausdehnungsgründe (S. 218/219).

Dasselbe gilt für Santaniello, der davon ausgeht, daß nicht alle Beteiligte unter die Tatbestände des BT fallen (S. 205).

Auch Musotto stellt als Anhänger des restriktiven Täterbegriffs Täter und Teilnehmer gegenüber (S. 326). Art. 110 hat für ihn strafkonstitutiven Charakter (S. 332). Er befürwortet zudem eine limitierte Akzessorietät (S. 332).

Schließlich unterscheidet auch Santoro zwischen Tätern und Teilnehmern (S. 504). Er bekennt sich außerdem zur limitierten Akzessorietät der Teilnahme (S. 502).

Die bedeutendste neuere Monographie über die Materie der Beteiligung stammt aus der Feder Latagliatas. Auch dieser Autor hält Täter und Teilnehmer auseinander (S. 5, 51, 63 und 228). Er ist Befürworter eines restriktiven Täterbegriffs (S. 63) und lehrt eine minimale Akzessorietät (S. 131 und 139).

Auch die wertvolle und vielzitierte Schrift Pedrazzis steht dem Einheitstäterbegriff negativ gegenüber (S. 10 ff).

Die eigentliche Bedeutung des Art. 110 sieht dieser Strafrechtslehrer in dessen tatbestandsausdehnendem Charakter (S. 21). Ferner befürwortet er eine minimale Akzessorietät (S. 66).

Schließlich lehnt auch die gründliche Arbeit von Salama den Einheitstäterbegriff ab (S. 36, 95 und 103) und differenziert zwischen Tätern und Teilnehmern (S. 21 und 51). Salama ist Verfechter einer limitierten Akzessorietät (S. 101).

Auch Spasari bekennt sich zum restriktiven Täterbegriff (S. 14) und gelangt deshalb zu einer Differenzierung zwischen Tätern und Teilnehmern (S. 15).

Dasselbe gibt es von Califano zu berichten. Er befürwortet den restriktiven Täterbegriff (S. 34) und unterscheidet daher zwischen Tätern und Teilnehmern (S. 35).

Dell' Andro lehnt sowohl den Einheitstäterbegriff als auch den restriktiven Täterbegriff ab (S. 11 und 97/98). Insgesamt muß er aber wohl doch als Gegner der Einheitstäterschaft gelten; denn er mißt dem Art. 110 letztlich strafausdehnenden Charakter zu (S. 82 Anm. 7)¹. Er lehrt eine minimale Akzessorietät (S. 195/196).

Von den Aufsätzen ist in erster Linie die knappe, aber sehr präzise Stellungnahme von Gabrieli zu erwähnen. Dieser Aufsatz war der einzige die Beteiligung am Verbrechen betreffende italienische Beitrag zum VII. Internationalen Strafrechtskongreß in Athen 1957. Gabrieli hält darin Täter und Teilnehmer auseinander (S. 94) und bekennt sich zum restriktiven Täterbegriff (S. 98 und 100).

In dem Beitrag von Siniscalco wird der Einheitstäterbegriff ausdrücklich abgelehnt (S. 450 Sp. 2); der Autor ist Anhänger des restriktiven Täterbegriffs (S. 447 und 450 Sp.2).

Dasselbe gilt für Boscarelli. Seiner Auffassung nach wäre ohne den Art. 110 nur der Haupttäter strafbar; für die

1) Ebenso interpretiert ihn Ranieri S. 437 Anm. 2

übrigen Beteiligten sei diese Bestimmung daher strafkonstitutiv (Giust. pen. 1958 II 911).

b) Zweideutige Stellungnahmen

Nicht eindeutig ist die Lehre Piolettis, der dem 1. Strafsenat des Kassationsgerichtshofs präsidiert. Einerseits bezeichnet Pioletti alle Beteiligten als Täter (S. 361), andererseits aber will er zwischen tatbestandsmäßig und nicht tatbestandsmäßig handelnden Beteiligten unterscheiden (S. 361 unten). Da er die Vorschriften über die Beteiligung als Tatbestandsausdehnungsvorschriften charakterisiert, weil die Normen des BT zur strafrechtlichen Erfassung sämtlicher Beteiligter nicht ausreichen würden (S. 362), kann man Pioletti letztlich wohl doch kaum als Anhänger des Einheitstäterbegriffs einstufen.

Dasselbe gilt für Pisapia; auch für ihn sind alle Beteiligten "in gewissem Sinne" Täter des Verbrechens (S. 200). Dazu will es aber nicht recht passen, wenn er sich - wenn auch sehr vorsichtig - für eine limitierte Akzessorietät ausspricht (S. 201) und die Normen über den "Concorso" als Strafausdehnungsvorschriften kennzeichnet (S. 199).

Auch das sehr angesehene Lehrbuch von Antolisei läßt Zweifel offen. Sein Autor bezeichnet zunächst alle Beteiligten als Täter (S. 409/410), um gleich anschließend (S. 410) doch wieder zwischen dem "Täter im strengen Sinne" und dem "bloßen Teilnehmer" zu unterscheiden. Auf S. 416 vertritt er außerdem eine Lehre, die auf eine limitierte Akzessorietät hinausläuft. Diese nicht recht zueinander passenden Ausführungen dürften einen gewissen Meinungswandel Antoliseis widerspiegeln. In seiner früheren Schrift "Il rapporto di causalità" hatte er nämlich noch eindeutig den Einheits-täterbegriff vertreten. Dort hatte er nicht nur gelehrt, daß alle Beteiligten Täter seien (S. 249 und 251). Dort stand vielmehr auch zu lesen, daß die Tatbestände des BT jeden Erfolgsverursacher und somit sämtliche Mitwirkende erfaßten. Die Auffassung, die Vorschriften über die Be-

teiligung seien Strafausdehnungsgründe, wies er ausdrücklich zurück (Anmerkung unter S. 252). Dem Einheitstäterbegriff entsprechend leugnete er damals auch die qualitative Akzessorietät (Anm. 2 unter S. 251), obwohl er eine quantitative Akzessorietät durchaus anerkannte (S. 250 und die Anmerkung unter S. 252).

Leone bekennt sich auf S. 103 seines Lehrbuchs sogar ausdrücklich zum Einheitstäterbegriff. Das hindere aber nicht - so führt er gleich anschließend aus -, zu einigen, größtenteils praktischen Zwecken zwischen Tätern und Teilnehmern zu differenzieren. Mit seinem Bekenntnis zum Einheitstäterbegriff läßt es sich auch nicht vereinbaren, daß er dem Art. 110 c. p. i. tatbestandsergänzende Funktion zumißt (S. 102).

c) Die Anhänger des Einheitstäterbegriffs.

Als Mitverursacher des Erfolges sind für Battaglini alle Beteiligten Täter (S. 444). Konsequenterweise lehnt er in seinem Lehrbuch, in dem er sich expressis verbis für den Einheitstäterbegriff ausspricht (S. 444), eine qualitative Akzessorietät ab (S. 443).

Auch das berühmte Lehrbuch von Manzini bezeichnet alle Beteiligten als Täter (S. 507). Leider äußert es sich nicht zur Frage der Akzessorietät und zum Charakter der Beteiligungsvorschriften.

Unter die Anhänger des Einheitstäterbegriffs wird auch Pecoraro-Albani gezählt. Auf S. 36 ff und 80 ff erklärt er angeblich die Verursachung des Verbrechenserfolges für tatbestandsmäßig, so daß die Tatbestände des BT alle Beteiligten erfassen¹.

1) So übereinstimmend Pannain S. 860 Anm. 4, Salama S. 77 und Latagliata, I principi S. 44/45. Der Verfasser hat diese Schrift, die sich als einzige neuere Monographie über die Beteiligung für den Einheitstäterbegriff ausspricht, leider nicht selbst einsehen können.

Auch der bekannte Strafrechtslehrer Pannain lehrt, daß alle Beteiligten Täter seien; Art. 110 habe keinen strafbegründenden Charakter, weil sich die Verantwortlichkeit sämtlicher Beteiligten bereits aus den Normen des BT ergebe (S. 858). Er erkennt außerdem nur eine qualitative Akzessorietät an (S. 861).

Eine begriffliche Unterscheidung zwischen Tätern und Teilnehmern verwirft auch Nuvolone (S. 368). Er wendet sich ferner gegen das Akzessorietätsdenken bei der Beteiligung (S. 366).

d) Zwischenergebnis

Die Untersuchung zeigt, daß die h. L. Italiens den Einheitstäterbegriff ablehnt. Auch in Italien selbst schätzt man den Stand der Meinungen so ein; denn es wird von mehreren Seiten betont, daß der restriktive Täterbegriff und die Differenzierung zwischen Täterschaft und Teilnahme der weitaus überwiegenden Meinung entspreche¹. Was das genaue Unterscheidungskriterium anlangt, so befürwortet man heute - soweit man überhaupt zwischen Tätern und Teilnehmern differenziert - fast allgemein eine formal-objektive Abgrenzung². Nur Latagliata verfißt eine materiell-objektive Täterlehre (Tatherrschaft)³. Die subjektive Theorie hat in Italien keine Anhänger.

Bei alledem sind sich die Verfechter des restriktiven Täterbegriffs durchaus darüber klar, daß die Gesetzesverfasser

-
- 1) Salama S. 45 spricht von der "dottrina prevalente", während Siniscalco S. 447 Anm. 20 sogar davon ausgeht, daß es die gesamte Lehre sei. Vgl. ferner Tribunale Torino 5-7-1964, Riv.pen. 1964 II 1362 Sp. 2 (Isoardi).
 - 2) Zum Teil ergibt sich dies unzweifelhaft aus den Täterdefinitionen wie z.B. bei Cavallo S. 763 und Musotto S. 326, zum anderen Teil zumindest daraus, daß die mittelbare Täterschaft abgelehnt wird, wie etwa bei Bettiol S. 435; Ranieri S. 535; Maggiore S. 581 ff; Santaniello S. 205; Siniscalco S. 450 Sp. 2 und Pedrazzi S. 37. Die formal-objektive Abgrenzung verwerfen lediglich Latagliata (vgl. die folgende Anmerkung) und Frosali S. 79/80 (allerdings nur für die echten Erfolgsdelikte).
 - 3) I principl S. 228 ff, 238, 243 und 279

des Codice penale den Einheitstäterbegriff einführen wollten¹. An deren Intentionen fühlen sie sich jedoch nicht gebunden; denn der Gesetzesinterpret habe sich - wie Latagliata² betont - nicht an den Willen der Gesetzesväter, sondern an das Gesetz selbst zu halten. Das Gesetz selbst jedoch stehe auf dem Boden des restriktiven Täterbegriffs.

Dietz hat es sich einfach zu leicht gemacht, wenn er - nur auf die Amtliche Begründung und das Lehrbuch von Antolisei gestützt - den Codice penale als ein Gesetz anspricht, in dem der Einheitstäterbegriff verwirklicht ist³. Im Gegensatz dazu hat Heinitz in der Festschrift zum 41. Deutschen Juristentag S. 100 durchaus richtig erkannt, daß die italienische Lehre weitgehend dem restriktiven Täterbegriff folgt. Seine Äußerungen auf S. 96/97 lesen sich aber so, als sei im italienischen Recht die Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme aufgegeben. Vor kurzem hat er seinen Festschriftaufsatz allerdings so interpretiert, als habe er schon damals von einer Differenzierung im italienischen Recht gesprochen⁴. In der Zwischenzeit ist er aber schon für manchen zum Zeugen dafür geworden, daß der Codice penale dem Einheitstäterbegriff folgt⁵.

3. Die Haltung der italienischen Rechtsprechung.

Welcher Täterbegriff im italienischen Recht effektiv gilt, entscheidet aber letzten Endes nicht die Literatur, sondern die Rspr. Es ist daher eigentlich erstaunlich, daß weder Dietz, Heinitz noch Dannert bei ihren Nachforschungen zum

1) Salama S. 46; Latagliata, I principî S. 5, 63, 228 und ibs. 51; ferner Enciclopedia S. 570 Sp. 1 und 591 Sp. 2

2) Latagliata, I principî S. 51/52

3) Dietz 1957 S. 74/75

4) ZStrW 81 (1969)/593 Anm. 91

5) Z. B. für H. Mayer, Rittler-Festschrift S. 252 und v. Uthmann, Der Urheber S. 53 Anm. 149; anscheinend aber auch für Jescheck SchwZStr 1956/227 Anm. 3 und Kienapfel NJW 1970/1828 Anm. 9

Täterbegriff des c. p. i. irgendein Gerichtsurteil anführen. Das ist jedoch eher verständlich, wenn man weiß, daß schon der Zugang zur italienischen Judikatur nicht gerade einfach ist. Es fehlt vollkommen an Werken, in denen die Rechtsprechung geordnet und analysiert wird. Seit 1940 ist kein Strafrechtskommentar mehr erschienen. Die Literatur gibt nur verhältnismäßig selten Gerichtsurteile wieder und macht sich nicht die Mühe, den Täterbegriff der Rspr. zu untersuchen. Da die Judikatur ihrerseits keinerlei Schrifttum zitiert, kann man auch nicht auf diese Weise erschließen, welcher Richtung sie folgt. Im übrigen scheint sie an der Frage des Täterbegriffs überhaupt nur wenig interessiert zu sein¹.

a) Urteile, die i. S. d. Einheitstäterschaft verstanden werden könnten.

aa) Eine ganze Reihe von Entscheidungen enthält Passagen, die darauf hindeuten könnten, daß die italienische Rspr. im Codice penale den Einheitstäterbegriff verwirklicht sieht. So heißt es z. B. im Urteil des römischen Kassationsgerichtshofs vom 1.7.1968: "In der Formel des Art. 110 cod. pen. sind alle Formen und Grade der verbrecherischen Beteiligung vereint"².

Es ist jedoch fraglich, ob man solche und ähnliche Wendungen als ein Bekenntnis zur Einheitstäterlösung deuten kann. Art. 110 handelt vom concorso di persone nel reato, der Beteiligung mehrerer Personen am Verbrechen. Der Begriff "Beteiligung" enthält und vereint zwar Täterschaft und Teil-

-
- 1) Zum Grund dieses geringen Interesses vgl. unten F III 3 c
 - 2) Mass. 1968/1345, Nr. 109 347 (Polato); ebenso fast wörtlich das Urteil der Vereinigten Senate: Cass. 30-5-1955, Riv. pen. 1955 II 1215 (Abdullani Mohamed Dirsce); ferner Cass. 7-10-1954, Giust. Pen. 1955 II 224, m. 191 (Castoldi); Cass. 21-10-1953, Giur. compl. 1953, 6^o bim., 551 (Corghi) und Cass. 16-12-1936, Giust. Pen. 1937 II 1330, m. 755 (P. M. c. Lukancick).

nahme, aber er schließt eine Differenzierung nicht aus. Auch § 50 des deutschen StGB z. B. verwendet den Begriff "Beteiligung", ohne daß diese Formulierung einer Unterscheidung von Täterschaft und Teilnahme im Wege stände.

bb) Beachtung verdienen auch die zahlreichen Urteile des Kassationsgerichtshofs, in denen dieser die *teoria monistica* (= *teoria unitaria*) befürwortet¹. Diese *teoria monistica* besagt im Gegensatz zur sog. *teoria pluralistica*, daß es sich bei der Beteiligung nicht um eine Mehrheit von Verbrechen entsprechend der Zahl der Beteiligten handelt, sondern daß das Verbrechen immer eins und unteilbar ist.

Diese Idee, daß das Verbrechen immer eins und unteilbar ist, liegt nach Auffassung von Dietz der Einheitstäterschaft zugrunde². Wenn diese Ansicht zuträfe, müßte man wohl annehmen, daß die italienische Judikatur, die sich in st. Rspr. für die *teoria monistica* ausgesprochen hat, auf dem Boden des Einheitstäterbegriffs steht.

Diese Ansicht von Dietz ist jedoch bestimmt falsch. Bei der Einheitstäterlösung ist es sehr wohl denkbar, jeden Erfolgsverursacher (Täter) getrennt für sich zu betrachten. Hier kann man immerhin die Ansicht vertreten, daß es sich bei der Beteiligung nicht um ein einziges Verbrechen handelt, sondern um eine Mehrheit von Verbrechen entsprechend der Zahl der Beteiligten. Gerade deshalb ist die Einheitstäterlösung auch schon mehrfach mit der *teoria pluralistica* in Verbindung gebracht worden³. Bei einer Differenzierung

1) U. a. Cass. 16-1-1968, Mass. 1968/784, m. 1356 (Elia); Cass. 20-12-1967, Mass. 1968/437, m. 731 (Ferrerì); Cass. 13-1-1967, Mass. 1967/321, m. 517 (Di Cuio); Cass. 22-12-1965, Cass.pen. 1966/819, m. 1300 (Prugnoli); Cass. 27-1-1955, Giust.Pen. 1955 II 257 (Fossi); Cass. 26-11-1954, Arch.pen. 1955 II 304 (Frattini), sowie sämtliche der auf S. 124 Anm. 2 aufgeführten Urteile.

2) Dietz 1957 S. 108

3) Z. B. Maggiore S. 459 Anm. 1, wenn er die Altväter des Einheitstäterbegriffs wie Getz, Nicoladoni und Foinitzki als Anhänger der *teoria pluralistica* bezeichnet. Aber auch H. Mayer, Rittler-Festschrift S. 252/253. Und selbst Antolisei glaubt sich in seiner Schrift "Il rapporto", in der er den Einheitstäterbegriff vertritt, gegen den Verdacht wehren zu müssen, er stelle sich mit dieser Ansicht auf den Boden der *teoria pluralistica* (S. 250/251).

zwischen Täterschaft und Teilnahme dagegen begeht der Teilnehmer nicht das Verbrechen; der Teilnehmer wirkt nur am Verbrechen des Täters mit. Hier liegt daher eine Einheitlichkeit des Verbrechens weit näher. So bekennen sich denn auch fast alle italienischen Schriftsteller, die zwischen Täterschaft und Teilnahme unterscheiden, zur teoria monistica¹. Auch das widerlegt die Auffassung von Dietz, wonach die teoria monistica mit dem Einheitstäterbegriff verknüpft sei. Wenn daher die italienische Rspr. dieser Theorie folgt, so spricht das zumindest nicht für eine Befürwortung des Einheitstäterbegriffs.

cc) Die Einheitstäterschaft kann man - wie oben unter B IV 2 dargelegt wurde - mit der Vorstellung erklären, daß den nichtausführenden Beteiligten die Handlungen der Ausführenden zugerechnet werden. Es läßt daher aufhorchen, wenn auch der italienische Kassationsgerichtshof vielfach Handlungszurechnungen vornimmt. So heißt es z. B. im Urteil vom 4.2.1969: "Die verbrecherische Handlung spaltet sich nicht in so viele verschiedene Handlungen auf, wie sie von jedem Beteiligten vorgenommen worden sind; auf Grund der von unserem StGB übernommenen teoria monistica des Verbrechens ist die Handlung vielmehr eins und geht zu Lasten eines jeden Beteiligten; dieser hat daher nicht nur die von ihm vollbrachten Akte als eigene Handlung zu verantworten, sondern auch die der Mitschuldigen"².

Trotzdem wird man nicht ohne weiteres annehmen können, daß diesen oder ähnlichen Entscheidungen der Einheitstäterbe-

1) Z. B. Ranieri S. 433; Cavallo S. 765 und Maggiore S. 459; a.A. ist eigentlich nur Boscarelli, Giust.Pen. 1958 II 907 ff

2) Mass. 1969/552, Nr. 111 103 (Vitozzi); fast wortwörtlich übereinstimmend Cass. 24-4-1969, Mass. 1969 m. 992; ferner Cass. 20-5-1966, Giust.Pen. 1967 II 270, m. 341 (P.M.c. Barca); Cass. 18-12-1963, Giust.Pen. 1964 II 653, m. 819 (P.M.c. Bicallo); Cass. 3-6-1957, Giust.Pen. 1958 II 906 (P.M. e altri); Cass. 2-12-1955, Arch.pen. 1956 II 418 (Guaneri); Cass. 5-3-1954, Giust.Pen. 1954 II 771, m. 524 (Russo). Die Unterstreichung stammt vom Verfasser.

griff zugrunde liegt. Schon allein die Tatsache, daß die in diesen Urteilen vorgenommene Handlungszurechnung durchwegs auf die *teoria monistica* zurückgeführt wird¹, die mit dem Einheitstäterbegriff nichts zu tun hat, warnt vor voreiligen Schlußfolgerungen. Wenn man die Sache etwas genauer betrachtet, dann zeigen sich Unterschiede hinsichtlich der Art der Zurechnung. Bei der Einheitstäterlösung ist die Zurechnung durchaus einseitig. Den nichtausführenden Beteiligten werden die Handlungen der Ausführenden zugerechnet. Auf diese Weise ergibt sich bei jedem Beteiligten das vollständige Deliktsbild, so daß er bestraft werden kann, wenn er rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hat. Nach der italienischen Rspr. ist die Zurechnung wechselseitig. Allen Beteiligten werden die Handlungen aller Genossen zugerechnet, nicht nur den nichtausführenden Beteiligten die Handlungen der Ausführenden. Zweck dieser Judikatur ist es nämlich zu erreichen, daß überhaupt nur eine einzige verbrecherische Handlung vorliegt.

Das beweist jedoch nur, daß die Handlungszurechnung nicht in beiden Fällen identisch ist. Die Handlungszurechnung der italienischen Rechtsprechung geht weiter. Man könnte daher überlegen, ob sie nicht die Handlungszurechnung des Einheitstäterbegriffs mitumfaßt, sodaß die Urteile des Kassationsgerichtshofs doch i. S. d. Einheitstäterbegriffs zu verstehen wären.

Die entscheidende Frage ist daher, an welche Voraussetzungen die Handlungszurechnung geknüpft ist. Setzt sie erst ein, wenn eine zumindest tatbestandsmäßige Handlung eines Beteiligten vorliegt, dann besteht eine qualitative Akzessorietät, die mit dem Einheitstäterbegriff unvereinbar ist. Genügt aber bereits die Existenz der Ausführungshandlung ohne Rücksicht auf ihre Tatbestandsmäßigkeit, dann sind wir bei der Einheitstäterlösung. Die zitierten Entscheidungen geben hierüber keinen Aufschluß. Andere Urteile

1) So das im Text zitierte Urteil und sämtliche der auf S. 124 Anm. 2 widergegebenen Entscheidungen

deuten jedoch darauf hin, daß es dazu einer zumindest tatbestandsmäßigen Ausführungshandlung bedarf. Bei Sonderdelikten sind nämlich die Art. 110 ff erst dann anwendbar, wenn der Ausführende auch Intraneus ist¹, d. h. eine tatbestandsmäßige Ausführungshandlung vorliegt. Die Rspr. über die Handlungszurechnung kann man daher nicht für die Einheitstäterlösung in Anspruch nehmen. Nur so wird es verständlich, daß diese Rspr. auch von der Literatur, die zwischen Täterschaft und Teilnahme unterscheidet, gebilligt wird².

b) Urteile, in denen die Ablehnung des Einheitstäterbegriffes zum Ausdruck kommt.

Den Begriff Täter (autore) hat der römische Kassationsgerichtshof noch nie für alle Beteiligten gebraucht. In seiner älteren Rspr. hat er diesen Begriff im Zusammenhang mit der Beteiligung möglichst vermieden. Er sprach zumeist nur von Concorso (Beteiligung). Wollte er die Art der Mitwirkung doch näher kennzeichnen, so nannte er entweder die konkrete Tätigkeit - z. B. Beteiligung durch Lieferung von Waffen - oder er sprach abstrakt von physischer oder psychischer Beteiligung (concorso materiale o morale). Kam er auf den unmittelbar Handelnden zu sprechen, so gebrauchte er die Bezeichnung "esecutore materiale" (physisch Ausführender)³.

Anfang der 50-iger Jahre setzt sich dann für den unmittelbar Handelnden allmählich der Begriff "autore materiale"

-
- 1) Cass. 29-5-1967, Giur.it. 1968 II 488 m. w. Nachw. der Rspr. und Literatur in der dortigen Anm. 4
 - 2) Z. B. Latagliata, I principl S. 106 Anm. 69 und 273 Anm. 26; Cavallo S. 706 und die dortige Anm. 7
 - 3) Cass. 9-2-1934, Giust.Pen. 1935 II 190 (Giannasca); Cass. 16-2-1936, Giust. Pen. 1937 II 1330, m. 755 (Lukancick); Cass. 14-3-1949, Riv.pen. 1949 II 911 (Ancona); Cass. 16-6-1950, Giust.Pen. 1951 II 1108, m. 739 (Crucianelli); Cass. 30-10-1951, Giust.Pen. 1952 II 232 (Corradi); Cass. 20-6-1953, Giur.compl. 1953, 3^o bim., 316 (Spatafora).

(physischer Täter) durch¹. Einen "autore morale" hat es nie gegeben. Verschiedentlich findet sich auch die Bezeichnung "autore principale" (Haupttäter)². Seit 1962 etwa verzichtet der Kassationsgerichtshof mehr und mehr auf diese Zusätze zum Begriff Täter und spricht anstatt vom "autore materiale" und "autore principale" nur noch vom "autore"³. Eigentlich geht schon aus dieser Entwicklung der Begriffshandhabung klar hervor, daß mit dem Begriff

-
- 1) Cass. 22-6-1949, Riv.pen. 1949 II 911 (Amodeo); Cass. 6-7-1951, Giust.Pen. 1951 II 1108, m. 740 (Bagnaschi); Cass. 14-11-1952, Giur.compl. 1952, 3^o quadr., 345 (Londi); Cass. 12-11-1952, Giur.compl. 1952, 2^o quadr. 339 (Cornaggia); Cass. 13-7-1953, Giur.compl. 1953, 6^o bim., 523 (Bacchi); Cass. 16-11-1953, Giur.compl., 6^o bim., 259 (Vercaccio); Cass. 19-1-1954, Giur.compl. 1954, 1^o bim., 202 (Morino); Cass. 14-10-1954, Giust. Pen. 1955 II 47, m. 27 (Cascone); Cass. 8-10-1958, Giust.Pen. 1959 II 801 (Amorese); aus neuerer Zeit: Cass. 15-6-1966, Mass. 1966/1072, Nr. 102 312 (Marcellino) und Cass. 20-12-1967, Giust. Pen. 1968 II 961, m. 1136 (Ferreri).
 - 2) Cass. 6-7-1951, Giust.Pen. 1951 II 1108, m. 740 (Bagnaschi); Cass. 12-2-1952, Giust.Pen. 1952 II 622, m. 516 (Barbieri); Cass. 12-10-1967, Mass. 1967/1464, Nr. 106 174 (Geannandrea).
 - 3) Cass. 16-3-1962, Arch.pen. 1963 II 223 (Fabbrocino); Cass. 5-6-1962, Cass.pen. 1962/1065, m. 1976 (Echis); Cass. 23-4-1963, Giust.Pen. 1964 II 812, m. 1105 (P.M.c. Aicolino); Cass. 27-10-1964, Cass.pen. 1965/243, m. 405 (Zanotti); Cass. 8-3-1966, Mass. 1966/1117, Nr. 102 409 (La Bella); Cass. 15-6-1966, Cass.pen. 1967/349 (Marcellino); Cass. 23-3-1967, Riv.it.dir. proc.pen. 1968/852 (Martorana); Cass. 15-1-1968, Mass. 1968/404, Nr. 107 290 (Lo Giudice); Cass. 7-11-1968, Mass. 1969/235, Nr. 110 382 (Romano); Cass. 26-2-1969, Mass. 1969/1039, Nr. 112 181 (Alfa); aber auch schon früher: Cass. 21-10-1952, Giur.compl. 1952, 3^o quadr. 709 (Scalbriti); Cass. 3-4-1952, Giust. Pen. 1952 II 905, m. 748 (Ferrari).

"autore" (Täter) nur der eigenhändig Ausführende gemeint sein kann. Ibs. kann mit dem Begriff "autore" nicht der bloße Urheber (= Verursacher) gemeint sein. Das ergibt sich einmal daraus, daß der Kassationsgerichtshof im Zusammenhang mit Fragen der Beteiligung noch nie alle Beteiligten als "autori" angesprochen hat. Das geht aber vor allem aus den Urteilen vom 15. 6. 1966, 8. 3. 1966 und 23. 4. 1963 hervor, in denen dieses Gericht den Begriff "autore" synonym mit dem Begriff *esecutore* (Ausführender) gebraucht¹. Diese Urteile zeigen vielmehr die Tendenz zu einem formal-objektiven Täterbegriff. Auf derselben formal-objektiven Linie bewegt sich auch die in der Entscheidung vom 6. 6. 1968 enthaltene Definition der Mittäterschaft. Mittäter ist danach für das höchste italienische Strafgericht "derjenige Beteiligte, der ganz oder zum Teil die der abstrakten Verbrechensbeschreibung entsprechende Handlung ausführt"². In dem eigens geregelten Fall des Art. 48 erkennt der Kassationsgerichtshof auch eine mittelbare Täterschaft (*autore mediato*) an³. Ein sowohl die Fälle der unmittelbaren wie mittelbaren Täterschaft umfassendes Täterkriterium - wie etwa die Tatherrschaft oder den *animus auctoris* - hat er aber dazu nicht entwickelt. Die mittelbare Täterschaft ergibt sich für ihn einfach aus der Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 48.

-
- 1) "Die physische Anwesenheit beim Tatgeschehen ... entwickelt sich zu einer konkreten Form verbrecherischer Mitwirkung, wenn sie den Täter (*autore*) in seinem Vorhaben bestärkt und sein Tun fördert. In diesen Fällen handelt es sich nämlich um eine Tätigkeit, die die Planung oder Handlung des anderen unterstützt, indem sie dem körperlich Ausführenden (*esecutore materiale*) neue Möglichkeiten und starke Motive liefert, diese oder jene in die Tat umzusetzen" (Cass. 8-3-1966; fast wörtlich übereinstimmend auch Cass. 15-6-1966 und Cass. 23-4-1963, alle zitiert in Anm. 3 auf S. 127).
 - 2) Mass. 1968/1017, Nr. 108 640 (Caruso). Es handelt sich - soweit ersichtlich - um die erste Entscheidung, in der der Kassationshof den Begriff der Mittäterschaft festlegt.
 - 3) Zu Art. 48 etwa: Cass. 13-10-1969, Mass. 1970/87, Nr. 113 771 (P.M. in proc. Werner) und Cass. 27-6-1962, Giust.pen. 1963 II 498, m. 694 (De Francesco).

Es zeigt sich somit, daß die italienische Judikatur keinesfalls alle Beteiligten als Täter ansieht. Der Täterschaft steht vielmehr der bloße "Concorso" (Beteiligung)¹ bzw. die bloße "partecipazione" (Teilnahme)² gegenüber. Man wird davon ausgehen können, daß die Rspr. im wesentlichen einen formal-objektiven Täterbegriff vertritt. Jedenfalls läßt sie sich nicht im Sinne der Einheitstäterschaft deuten. Auch im italienischen Schrifttum hat noch niemand - selbst nicht einmal die Anhänger des Einheitstäterbegriffes - behauptet, daß der Kassationsgerichtshof sich zu diesem umfassenden Täterbegriff bekenne. Soweit sich die Literatur überhaupt zum Täterbegriff der Judikatur äußert - die Stimmen dazu sind leider spärlich und noch dazu recht dürftig -, ist sie übereinstimmend der Auffassung, daß nach Auffassung der Rspr. nicht alle Beteiligten unter die Tatbestände des BT fallen³. Man könne zwar nicht sagen - erklärt Gabrieli -, daß sich die Judikatur sehr für die Frage des Täterbegriffs interessiere und sich hierüber ex professo ausgesprochen habe; aber es ergebe sich aus ihr zumindest implicite, daß sie vom restriktiven Täterbegriff ausgehe⁴.

Nur ein einziges Urteil hat der Verfasser finden können - und es handelt sich nicht einmal um eine höchstrichterliche Entscheidung -, in dem expressis verbis gesagt ist, daß die Teilnahme nicht tatbestandsmäßig ist und daß dem Art. 110 strafbegründende Funktion zukommt. In seinem Urteil vom 5.7.1964 bezeichnet das Landgericht Turin die Teilnahme als nicht tatbestandsmäßig, wenn es von der "partecipazione atipica" spricht⁵; außerdem referiert es billigend die h. L., die die Teilnahme durch eine Kombination

1) Cass. 26-2-1969 und Cass. 23-3-1967, zit. auf S.127 Anm. 3

2) Z.B. Cass. 7-11-1968 und Cass. 15-1-1968, zit. auf S.127 Anm. 3

3) Latagliata, I principj S. 66 Anm. 104; Santamaria S. 103 und die dortige Anm. 33

4) Arch.pen. 1957 I 100

5) Tribunale Torino, Riv.pen. 1964/1360, 1363 Sp. 1 (Isoardi) = Giur. it. 1965 II 54

zwischen Art. 110 und dem Tatbestand des BT erfasse¹. Daß die Rspr. des Kassationsgerichtshofs weder ausdrücklich noch implicite dem Einheitstäterbegriff anhängt, wird indirekt auch durch das Urteil vom 23.3.1967 bestätigt. Danach kommt eine Bestrafung des "Concorrente" (Beteiligten) nicht in Betracht, wenn der "autore" wegen eines Rechtfertigungsgrundes freigesprochen wird². Die Rechtfertigung des Täters führt aber nur dann ohne weiteres zur Straflosigkeit des anderen Beteiligten, wenn dieser ein *T e i l n e h m e r* ist (Grundsatz der limitierten Akzessorietät). Auf der Basis der Einheitstäterschaft dagegen geht ein Beteiligter nicht schon deswegen straflos aus, weil der andere Mitwirkende gerechtfertigt ist; er muß vielmehr selbst einen Rechtfertigungsgrund haben³.

d) Ergebnis der Untersuchungen über den Codice penale.

Durch die obigen Ausführungen ist nachgewiesen, daß neben der h. L. auch die Rspr. nicht vom Einheitstäterbegriff ausgeht. Soweit sich im italienischen Strafrecht Schwierigkeiten ergeben sollten, haben diese jedenfalls mit der Einheitstäterlösung nichts zu tun. Die Erfahrungen mit dem c. p. i. sind daher ungeeignet, irgendwelche Argumente gegen die Einheitstäterschaft zu liefern.

Es wäre jedoch verfehlt, die Regelung der Art. 110 ff c. p. i. im wesentlichen mit der der §§ 47 ff des geltenden bzw. §§ 25 ff des kommenden deutschen StGB gleichsetzen zu wollen. Zumindest in einem Punkte unterscheidet sie sich grundlegend vom deutschen Recht. Des Sachzusammenhangs wegen soll davon aber erst unter F III 3 c die Rede sein. Dort kann dann auch eine Erklärung dafür gegeben werden, warum die Frage des Täterbegriffs in Italien weit weniger bedeutsam ist als bei uns.

1) Riv. pen. 1964/1362 Sp. 2

2) Riv. it. dir. proc. pen. 1968/852 (Leitsatz). Aus den Ausführungen auf S. 860 erhellt, daß das Urteil keineswegs nur für den Sonderfall der Beteiligung nach Art. 116 gedacht ist.

3) Vgl. oben B VI

D. Die rechtstheoretischen Aspekte der Einheitstäterlösung.

I. Ist der Einheitstäterbegriff das Projekt eines überholten naturalistischen Strafrechtsdenkens?

Es war Gallas, der das für die Strafrechtsreform beigezogene Gutachten über die Beteiligung mehrerer an einer Straftat erstattet hat. Hierin prüft er auch die Opportunität der Einheitstäterlösung. Schon vorweg bemerkt er dabei, daß es sich bei der Einheitstäterschaft im Grunde um ein Projekt handle, das einer inzwischen überholten Periode strafrechtlichen Denkens entstamme¹. Auch in seinem Referat vor der Großen Strafrechtskommission hat Gallas den Einheitstäterbegriff mit diesem Argument abqualifiziert². Diesem Einwand gilt es nachzugehen und zu untersuchen, welche Folgerungen sich für die Brauchbarkeit des Einheitstäterbegriffes aus der historischen Entwicklung ergeben.

1. Gegen Ende des letzten Jahrhunderts geriet die Strafrechtswissenschaft in den Bann des naturalistischen Positivismus, der die Geisteswissenschaften dem naturwissenschaftlichen Denken zu unterwerfen versuchte und in rechtlichen Phänomenen bloße Kausalabläufe und verschieden geartete Kausalverknüpfungen sehen wollte. Auch die Fragen der Beteiligung erschienen von daher in einem neuen Licht. Da allen Beteiligungsformen die Kausalität für das Delikt gemeinsam ist, wurde man sich im Zuge der neuen Denkrichtung schnell darüber einig, daß die Lehre von der Beteiligung nichts anderes als ein Unterfall der Lehre von der Kausalität sei³. Als sich in der Folgezeit unter den Kausalitätstheorien die Äquivalenztheorie durchsetzte, mußte die in Kausalitätsunterschieden gesuchte Differenzierung von

1) Mat. I S. 143; ebenso Blau, Dt. Beiträge S. 10; v. Uthmann, Der Urheber S. 53

2) Nschr. Bd. 2 S. 69

3) So - trotz aller sonstigen Meinungsverschiedenheiten - übereinstimmend v. Buri S. 102; Birkmeyer S. 5 und die dortige Anm. 1, sowie die Relazione zum c. p. i. S. 165.

Täterschaft und Teilnahme suspekt werden, denn "eine Bedingung ist für den Erfolg so notwendig wie die andere ... Er (der Gesetzgeber) soll mich nicht zwingen zu unterscheiden, wo mir das Unterscheidungsvermögen fehlt¹." Das Dogma von der Gleichwertigkeit aller Erfolgsverursachungen führt somit zur Aufgabe der Differenzierung zwischen Täterschaft und Teilnahme und damit zur Einheitstäterschaft. Bei v. Liszt heißt es deshalb, "daß, da alle Bedingungen des Erfolges gleichwertig sind, zwischen den einzelnen an der Herbeiführung des Erfolges Beteiligten ein begrifflicher Unterschied nicht besteht"². In dieselbe Richtung geht auch die Amtl. Begr. zum geltenden italienischen StGB³.

2. Unter dem Einfluß der südwestdeutschen Wertphilosophie (Neukantianismus) wurde diese naturalistische Denkweise rasch überwunden⁴. Hinsichtlich des Problems der Beteiligung entdeckte man, daß man von der erkenntnistheoretisch gleichen Notwendigkeit aller Erfolgsbeiträge auf deren Wertgleichheit geschlossen hatte. Den Wert einer Handlung hatte man also nach ihrer Kausalität, einem empirischen Begriff, bestimmt. Diese Art, Schlüsse zu ziehen, wird nun für die Rechtswissenschaft als einer Kulturwissenschaft inadäquat abgelehnt⁵. Rechtliche Ordnungsprinzipien und rechtliche Wertungen dürfen danach nicht der Welt des Seins entnommen werden; sie werden vielmehr erst durch die vom Zweckgedanken beherrschte Begriffsbildung in sie hineingetragen. Nachdem nunmehr die Kausalität keinen Maßstab mehr für die Behandlung der Beteiligung abgeben konnte, galt es, die normativen Gesichtspunkte für eine am Wertge-

1) Heimberger, Mitteilungen der IKV, 11. Band (1904) S. 538

2) Lehrbuch des Deutschen Strafrechts S. 204

3) Relazione zum c. p. i. S. 165: vgl. oben S. 115

4) In der italienischen Jurisprudenz wird z. T. auch heute noch von der Gleichwertigkeit aller Erfolgsursachen gesprochen: Pannain S. 856

5) Radbruch, Rechtsphilosophie, 1956 S. 97

danken orientierte Lehre von Täterschaft und Teilnahme zu entwickeln. Eberhard Schmidt, der diese Problemstellung als erster klar herausgearbeitet hat¹, geht davon aus, daß das Strafrecht durch die Aufstellung von Tatbeständen sozial besonders wichtige Interessen schützen will. Was einer Handlung unter Wertgesichtspunkten das entscheidende Gepräge verleihe, sei nicht ihre äußerliche Beschaffenheit, sondern die durch sie bewirkte Rechtsgutverletzung. Täter sei deshalb eigentlich ein jeder, der eine tatbestandliche Interessenverletzung verursache². Nur das positive Gesetz (§§ 48 und 49 StGB) zwingt Schmidt dazu, diesen umfassenden Täterbegriff einzuschränken.

3. Schon in den Dreißigerjahren kam jedoch eine neue Denkrichtung auf, welche die Welt des Seins nicht mehr im schroffen Gegensatz zu der der Normen sah. Man glaubte nicht wie die Neukantianer und Normativisten, daß die rechtliche Ordnung erst durch die Aufstellung von Regeln geschaffen werden müsse; die Regel ist vielmehr umgekehrt nur ein Bestandteil einer bereits vorgegebenen Ordnung³. Welzel schrieb damals: "Das Sein hat vom Ursprung an Ordnung und Gestalt in sich." Rechtliche Begriffe seien "keine methodologischen Umformungen amorphen Materials, sondern Deskriptionen eines gestalteten ontischen Seins"⁴. Während es nun vielen Anhängern dieser Richtung darum geht, die bereits vorgeordneten Formen der Beteiligung näher zu erfassen, gibt Carl Schmitt die Differenzierung auf: "Die Absonderung < allgemeiner Begriffe >, wie ... Beihilfe, von dem konkreten Verbrechen ... erscheint uns heute nicht mehr als begriffliche Klärung ..., sondern eher als eine

1) Frank-Festgabe Bd. 2 S. 114

2) S. 117

3) Carl Schmitt S. 13. Die politische Verstrickung dieses "konkreten Ordnungsdenkens" mit dem Nationalsozialismus darf allerdings nicht verschwiegen werden (vgl. Schwalm GA 1970/384).

4) Naturalismus und Wertphilosophie S. 74

künstliche und sinnwidrige, die natürlichen und wirklich gegebenen Lebenszusammenhänge auseinanderreißende Abstraktion¹."

4. Es zeigt sich damit, daß man nicht nur von der naturalistischen, sondern auch von der normativistischen und ontologischen Rechtslehre her zur Einheitstäterlösung gelangen kann. Gerade die normativistische und die ontologische Rechtslehre sind es aber, die heute die wissenschaftliche Diskussion beherrschen. Man kann daher den Einheitstäterbegriff nicht einfach mit dem Hinweis auf seinen überholten historischen Ursprung abqualifizieren². Könnte eine Rechtsfigur schon deshalb abgelehnt werden, weil sie irgendwann einmal unter einer falschen Begründung propagiert wurde, so müßte auch das Differenzierungssystem als verfehlt gelten, weil die Differenzierung der Beteiligungsformen einmal unter dem Gesichtspunkt des Tätertyps³ versucht wurde, eine Betrachtungsweise, die heute ebenso als überholt angesehen wird.

Aus dem historischen Exkurs ergibt sich aber noch eine weitere, sehr wichtige Konsequenz. Es erweist sich, daß der Einheitstäterbegriff nicht untrennbar mit einer gewissen Theorie vom Recht verbunden ist. All die Einwände, die die verschiedenen Rechtslehren gegeneinander vorbringen, sind daher nicht geeignet, den Einheitstäterbegriff von seinen theoretischen Grundlagen her in Zweifel zu ziehen. Da er mit keiner dieser Rechtslehren steht und fällt, bleibt er von diesem Streit unberührt. Dieser Streit ist daher auch für die vorliegende Arbeit nicht weiter von Belang.

1) S. 60 (für die Anstiftung hat er das allerdings nicht ausdrücklich gesagt)

2) Völlig übereinstimmend: Roxin S. 7

3) Dahm, Der Tätertyp im Strafrecht S. 54 ff

II. Ist der Einheitstäterbegriff mit der finalen Handlungslehre vereinbar?

Maurach, Schnyder und Welzel sehen den entscheidenden Einwand gegen den extensiven Täterbegriff darin, daß er sich unmittelbar aus dem kausalen Handlungsbegriff ableite¹. Da der Einheitstäterbegriff auf denselben Grundlagen beruht wie der extensive Täterbegriff², muß man diese Kritik auch auf den Einheitstäterbegriff beziehen. Wenn sich der Einheitstäterbegriff tatsächlich unmittelbar aus der kausalen Handlungslehre ergäbe, wäre er natürlich mit der finalen Handlungslehre nicht zu vereinbaren. Das setzte ihn schwerstem Geschütz der Finalisten aus. Die Finalisten nehmen nämlich für sich nicht nur in Anspruch, daß allein die finale Handlungslehre dem geltenden Recht entspräche; sie behaupten vielmehr, daß der finale Handlungsbegriff ontologisch begründet und damit auch dem Gesetzgeber vorgegeben sei³. Das würde nicht weniger bedeuten, als daß der Einheitstäterbegriff von vornherein unhaltbar wäre, denn der Gesetzgeber sollte keinen Täterbegriff normieren, der mit dem, was ihm ontologisch vorgegeben ist, in Widerspruch steht. Wenn sich daher nicht nachweisen läßt, daß der Einheitstäterbegriff sehr wohl mit der finalen Handlungslehre vereinbar ist, wäre die Einheitstäterlösung in jedem Falle von dem Streit um den Handlungsbegriff belastet.

Um mit der finalen Handlungslehre vereinbar zu sein, bedarf es nicht des Beweises, daß der Einheitstäterbegriff den theoretischen Ausgangspunkt dieser Handlungslehre teilt. Es genügt vielmehr zu zeigen, daß der Einheitstäterbegriff diesem Ausgangspunkt nicht widerspricht. Einheitstäterlösung und finale Handlungslehre widersprechen einander dann

1) Maurach AT S. 528; Schnyder S. 48 und Welzel, Strafrecht S. 99/100

2) Gallas Mat. I S. 143

3) Welzel, Um die finale Handlungslehre S. 7, 9-11; Dannert S. 13; Latagliata, Enciclopedia S. 575 Sp. 2 Anm. 8; Lackner - Maassen, Anm. II 1 a vor § 1

nicht, wenn der theoretische Ausgangspunkt der finalen Handlungslehre auch auf der Grundlage des Einheitstäterbegriffes vertreten werden kann. Das ist dann möglich, wenn der Einheitstäterbegriff den praktischen Konsequenzen, zu denen die finale Handlungslehre führt, nicht widerstrebt.

Die finale Handlungslehre sieht das Wesentliche der Handlung in der Steuerung des kausalen Geschehens durch den menschlichen Willen. Sie erachtet es für das Vorliegen einer Handlung nicht als ausreichend, daß dem von einem Menschen verursachten Vorgang irgendein Wille zugrunde liegt. Ihr kommt es vielmehr auch darauf an, ob gerade dieses Geschehen Inhalt des Wollens war. Der final-gestaltende Faktor, der Vorsatz, wird damit zum Bestandteil der Handlung¹. Das Vorliegen einer Handlung ist nun aber Grundlage jeder weiteren strafrechtlichen Untersuchung. Für die finale Handlungslehre ergibt sich hieraus zwingend, daß der Vorsatz (subjektives) Tatbestandsmerkmal ist².

Wir haben gesehen, daß ein Gesetz dann mit der finalen Handlungslehre in Widerspruch gerät, wenn es den praktischen Folgerungen dieser Handlungslehre entgegensteht. Primäre praktische Konsequenz der finalen Handlungslehre ist nun aber die Einbeziehung des Vorsatzes in den Tatbestand. Einheitstäterbegriff und finale Handlungslehre lassen sich daher sehr wohl vereinbaren, wenn die Einheitstäterlösung die Meinung zuläßt, daß der Vorsatz zum Tatbestand zählt. Dieser Frage gilt es nachzugehen.

Die Vorschriften über die Einheitstäterschaft kann man einmal als Normen begreifen, die den Richter dazu anhalten, die Tatbestände des BT extensiv zu interpretieren, dergestalt, daß die Verursachung des tatbestandsmäßigen Erfolgs tatbestandsmäßige Handlung ist. Nun hat sich gezeigt, daß der Vorsatz nach der finalen Handlungslehre zum Tatbestand

1) Welzel, Strafrecht S. 64

2) Maurach AT S. 142 und S. 194/195; Welzel, Strafrecht S. 64/65 und Jescheck, Lehrbuch S. 146 und 164

zählt. Soll daher der Einheitstäterbegriff mit der finalen Handlungslehre vereinbar sein, so muß es nach dem Einheitstäterbegriff möglich sein, daß bei Vorsatzdelikten nicht etwa jede, sondern nur die vorsätzliche Verursachung des tatbestandsmäßigen Erfolges tatbestandsmäßig ist.

Bei der Prüfung der Frage, ob das möglich ist, wird man sich zweckmäßigerweise auf das Wesen der Einheitstäterschaft zurückbesinnen. Anliegen der Einheitstäterschaft ist es, einen einheitlichen, die bisherigen Formen der Teilnahme umfassenden Täterbegriff zu schaffen. Als Täter kann man aber nur diejenigen ansprechen, die tatbestandsmäßig handeln. Beim Einheitstäterbegriff geht es also darum, daß auch das Handeln der bisherigen Teilnehmer tatbestandsmäßig wird. Dem Einheitstäterbegriff läuft daher nur das zuwider, was dazu führen würde, daß die Teilnehmer nicht tatbestandsmäßig handelten. An der Tatbestandsmäßigkeit der bisherigen Teilnahme ändert es jedoch nichts, wenn man den Vorsatz zum Tatbestand zieht. In diesem Falle ist zwar nur noch die vorsätzliche Erfolgsverursachung tatbestandsmäßig; aber auch hier würden die "Teilnehmer" tatbestandsmäßig handeln, denn Teilnehmer sind ja gerade vorsätzliche Erfolgsverursacher.

Am Beispiel wird das besonders deutlich. Dazu wollen wir die Vorschrift über den Totschlag extensiv formulieren. Wenn diese Vorschrift lautet: "Wer vorsätzlich den Tod eines anderen verursacht ...", so wäre das Verhalten der Anstifter und Gehilfen genauso tatbestandsmäßig, wie wenn sie nur lautete: "Wer den Tod eines anderen verursacht ...".

Der Einheitstäterbegriff steht deshalb der Einbeziehung des Vorsatzes in den Tatbestand nicht entgegen¹. Wenn man aber

1) Andererseits liefert der Einheitstäterbegriff - wie das Beispiel zeigt - auch keine Schlüsse dafür, daß der Vorsatz unbedingt zum Tatbestand gerechnet werden müßte. Tatbestandsmäßig handeln die "Teilnehmer" nämlich auch dann, wenn nicht nur die vorsätzliche, sondern jede Verursachung des tatbestandsmäßigen Erfolgs die Tatbestände des BT erfüllt. Mit dem Einheitstäterbegriff ließe es sich deshalb auch durchaus vereinbaren, daß man den Vorsatz zur Schuld zählt.

den Vorsatz zum Tatbestand rechnet, dann ergibt sich die extensive Täterschaft bzw. die Einheitstäterschaft - wie es der finalen Handlungslehre entspricht - nur unter Berücksichtigung der Willensrichtung und nicht - wie Maurach¹ in seiner Kritik meint - schon aus dem bloßen Kausalwerden für den tatbestandsmäßigen Erfolg. Da der Einheitstäterbegriff die praktischen Folgerungen der finalen Handlungslehre durchaus zuläßt, sind die Finalisten durch nichts gehindert, ihre Handlungslehre auch auf der Grundlage des Einheitstäterbegriffes zu vertreten.

Dasselbe ergibt sich, wenn man die Normen über die Einheitstäterschaft als Zurechnungsvorschriften auffassen muß. Die Zurechnung sichert, daß die Täterschaft der bisherigen Teilnehmer nicht daran scheitert, daß diese das vom Tatbestand geforderte Handlungselement oder die besonderen persönlichen Merkmale nicht aufweisen. Eine Zurechnung des Vorsatzes erfolgt nicht. Daher können die Einheitstätervorschriften als Zurechnungsvorschriften auch nichts über die Stellung des Vorsatzes besagen. Man kann den Vorsatz deshalb auch durchaus zum Tatbestand rechnen. Damit aber ist den Finalisten die Möglichkeit eröffnet, ihre Handlungslehre zu vertreten. Es ist daher nicht ersichtlich, daß sich aus der finalen Handlungslehre Einwände gegen den Einheitstäterbegriff ableiten ließen.

III. Läßt sich der Einheitstäterbegriff rechtsdogmatisch konsequent durchführen?

1. Versagt er bei den schlichten Tätigkeitsdelikten?

Bei der Einheitstäterschaft geht es - wie wir oben gesehen haben - darum, daß sämtliche Beteiligte tatbestandsgemäß handeln. Tatbestandsgemäß handeln heißt aber nichts anderes als die Strafdrohungsvoraussetzungen der einzelnen Strafgesetze verwirklichen. Es ist daher richtig, wenn Schröder²

1) AT S. 528/529

2) ZStrW 57 (1938)/472

lehrt, daß nach dem Einheitstäterbegriff ein jeder Deliktsbeteiligte die Strafdrohungs Voraussetzungen der einzelnen Strafgesetze erfüllen muß.

Diese Erkenntnis ist für Schröder der Ausgangspunkt zu weiteren Überlegungen¹: Er meint, daß eine derartige, alle Deliktsbeteiligte umfassende Täterschaft nur dann konsequent durchgeführt werden könne, wenn es eine Fassung der Strafdrohungs Voraussetzungen der Einzeltatbestände gebe, die auf sämtliche Formen der Beteiligung zutreffe, die also logisch das Verhalten aller Mitwirkenden wegen des ihnen allen Gemeinsamen umfasse. Das wiederum sei aber nur dann möglich, wenn man das allen Formen der Beteiligung Gemeinsame aus ihnen abstrahiere und dieses Gemeinsame und nur dieses zum Anknüpfungspunkt der Strafdrohung nehme.

Bei vielen Delikten ist es möglich, aus den verschiedenen Formen der Beteiligung etwas zu abstrahieren, was allen diesen Formen gemeinsam ist, nämlich die vorsätzliche Verursachung des Erfolgs. Der Totschlagsparagraph erfaßt bequem die bisherige Täterschaft, Anstiftung und Beihilfe, wenn er lautet: " Wer vorsätzlich den Tod eines anderen verursacht, wird ... bestraft."

Diese Abstrahierung ist aber nur bei den echten Erfolgsdelikten denkbar, bei denen sich das Verbrechen in einer über die unmittelbare Ausführungshandlung hinausgehenden Veränderung der Außenwelt (im Erfolg) realisiert. Manchmal jedoch fehlt es an diesem Erfolg i. eng. S. Bei den schlichten Tätigkeitsdelikten beinhaltet bereits die Ausführungshandlung die äußere Realisierung des Delikts. Wenn aber bereits die Ausführungshandlung die äußere Realisierung des Delikts darstellt, so ist sie nicht bloß eine Verursachung der Deliktsrealisierung wie die nur mittelbaren Tathandlungen. Bei den schlichten Tätigkeitsdelikten lassen sich demnach Ausführungs²- und Nichtausführungshandlungen nicht auf einen gemeinsamen Nenner

1) ZStrW 57 (1938)/472 und 473

2) Zum Begriff der Ausführungshandlung vgl. oben S. 99

bringen. Wenn man § 368 Nr. 9 StGB so formuliert: "Wer verursacht, daß jemand ... über einen fremden Acker geht ...", dann erfaßt diese Formulierung genau genommen nur die Nichtausführungshandlungen. Der Ausführende nämlich verursacht kein Gehen, sondern er geht selbst. Angesichts dieser Sachlage kommen Schröder und - ihm folgend - auch Pedrazzi, Salama und Hogrefe zu dem Ergebnis, daß der Einheitstäterbegriff bei den schlichten Tätigkeitsdelikten nicht konsequent durchgeführt werden könne¹.

Dieses Ergebnis basiert aber letztlich einzig und allein auf Schröders Prämisse, daß ein Täterbegriff nur dann konsequent durchgeführt sei, wenn sich aus sämtlichen Verhaltensformen, die eine Täterschaft begründen sollen, etwas abstrahieren lasse, was allen diesen Formen gemeinsam ist und damit als Strafdrohungsvoraussetzung dienen kann.

Wäre diese Annahme Schröders zwingend, so müßte sie auch im Hinblick auf den Täterbegriff des geltenden Rechts beachtet werden. Es findet sich jedoch auch hier nur bei den echten Erfolgsdelikten eine Formel, unter der sich alle Arten der Täterschaft wegen des ihnen logisch Gemeinsamen zusammenfassen lassen. Bei diesen Delikten ist Täter (unmittelbarer, mittelbarer oder Mit-Täter), wer den tatbestandlichen Erfolg mit animus auctoris bzw. mit Tatherrschaft verursacht hat. Bei den schlichten Tätigkeitsdelikten dagegen lassen sich die verschiedenen Formen der Täterschaft nicht auf einen gemeinsamen Nenner bringen. Die unmittelbare Täterschaft beruht auf der Selbstvornahme der Ausführungshandlung, während die mittelbare Täterschaft auf einer mit animus auctoris bzw. Tatherrschaft erfolgten Verursachung der (durch den Tatmittler vorgenommenen) Ausführung beruht. Die Selbstvornahme der Ausführung und deren Verursachung lassen sich aber - wie

1) Schröder ZStrW 57 (1938)/477; Pedrazzi S. 10; Hogrefe, Festschrift für Cüppers 1955 S. 78 Anm. 39; Salama S. 50 und 78

Schröder richtig feststellt - nicht unter einer Formel zusammenfassen¹.

Angesichts des geltenden Täterbegriffs achtet man jedoch nicht auf diese Annahme Schröders. In der Literatur macht man sich kaum darüber Gedanken, ob sich aus den Formen der unmittelbaren, der mittelbaren und der Mit-Täterschaft etwas Gemeinsames abstrahieren läßt, das man als solches in den Tatbeständen des BT zum Anknüpfungspunkt der Strafdrohung machen könnte. Man geht vielmehr an die mittelbare Täterschaft und Mittäterschaft mit einer Betrachtungsweise heran, die die von Schröder aufgeworfenen Fragen überhaupt nicht aufkommen läßt: mit der Vorstellung einer Handlungszurechnung. Man rechnet den Beteiligten, die zwar Tatherrschaft bzw. animus auctoris besitzen, aber die Ausführungshandlungen nicht eigenhändig vornehmen, diese (vom Tatmittler oder von den anderen Mittätern vorgenommene) Ausführungshandlungen als eigene zu. Auf diese Weise setzt sich auch in ihrer Person ein Handlungsbild zusammen, das genau dem auf die Ausführungshandlung zugeschnittenen Wortlaut der einzelnen Tatbestände des BT entspricht. Bei dieser Betrachtungsweise kommt das Problem, daß sich die verschiedenen Formen der Täterschaft bei den schlichten Tätigkeitsdelikten nicht unter einer Formel zusammenfassen lassen, erst gar nicht auf.

Wenn man also Schröders Einwand gegen den Einheitstäterbegriff auf seine Durchschlagskraft hin überprüft, dann gilt es vorab festzuhalten, daß Schröders Lehre auch den geltenden Täterbegriff treffen müßte, daß man sie hier aber nicht weiter berücksichtigt. Das ganze Problem taucht letztlich gar nicht auf, wenn man bei der fremdhändigen Täterschaft mit der Vorstellung einer Handlungszurechnung

1) Ein Teil der Lehre nimmt allerdings an, daß bei schlichten Tätigkeitsdelikten nur derjenige Täter sein könne, der die Ausführungshandlungen eigenhändig vornehme (sog. Körperbewegungstheorie, vgl. oben A I 1 a cc). Diese Meinung käme den obigen Ausführungen Schröders entgegen. Sie ist jedoch nur Mindermeinung, selbst Schröder folgt ihr nicht (Schönke-Schröder, Anm. 31 vor § 47).

arbeitet. Wenn es aber angesichts des geltenden Täterbegriffs möglich ist, bei der fremdhändigen Täterschaft mit der Vorstellung einer Handlungszurechnung der Lehre Schröders aus dem Wege zu gehen, dann muß dies auch angesichts des Einheitstäterbegriffes möglich sein. Auch die Einheitstäterschaft läßt sich nämlich mit der Vorstellung einer Handlungszurechnung erklären (vgl. oben B IV 2). Man wird daher den Einwand von Schröder, Hogrefe, Salama und Pedrazzi nicht für durchschlagend erachten können.

Das hat letztlich sogar Pedrazzi erkannt. Im Gegensatz zu Schröder¹ setzt er den Wert dieses von ihm selbst gegen den Einheitstäterbegriff vorgebrachten Einwands nicht allzu hoch an. Er bezeichnet nämlich den restriktiven Täterbegriff nicht als den einzig dogmatisch möglichen Täterbegriff, sondern nur als den brauchbarsten: "Wir wissen, daß wir zur Stützung der hier vertretenen Meinung ... keine unumstößlichen logischen Schlüsse anführen können, sondern nur Zweckmäßigkeitserwägungen²."

Andererseits sind die Gedankengänge Schröders nicht einfach von der Hand zu weisen. Sie geben immerhin gewissen Anlaß zu Zweifeln an dem Verständnis der Einheitstäterschaft als Erfolgsverursachung. Da dieses Verständnis überdies mit historischen Reminiszenzen belastet ist (vgl. oben D I) und offensichtlich auch zahlreichen anderen Einwänden zugrunde liegt (vgl. oben D II, sowie unten D IV und E IV), dürfte man der Kritik weit weniger Anhaltspunkte bieten, wenn man die Einheitstätervorschriften nicht in dieser Weise, sondern als Zurechnungsvorschriften begreifen würde.

2. Versagt der Einheitstäterbegriff bei Sonderdelikten und eigenhändigen Verbrechen?

Ihrem Wortlaut nach sprechen die Tatbestände bei den Sonderdelikten und eigenhändigen Verbrechen nur den Qualifizierten

1) ZStrW 57 (1938)/485 und 486

2) S. 21

an. Diese Tatbestände liest Nowakowski¹ jedoch auf Grund des von ihm verfochtenen Einheitstäterbegriffes so: "Wer bewirkt, daß ein Qualifizierter" Wenn man die Sonderdelikte und eigenhändigen Verbrechen in dieser Weise liest, dann erscheinen auch die nichtqualifizierten Beteiligten als Täter².

Eine ganze Reihe namhafter Stimmen will jedoch nicht anerkennen, daß auch nichtqualifizierte Beteiligte Täter von Sonderverbrechen und eigenhändigen Delikten sein können³. Näher begründet hat das Gallas⁴: Der Gesetzgeber könne zwar vorschreiben, daß auch die nichtqualifizierten Beteiligten wegen ihrer kausalen Mitwirkung als Täter anzusehen seien. Indessen werde die Einheit des Täterbegriffs damit nur scheinbar gerettet. Denn die Mitwirkung der Nichtqualifizierten wäre strafbares Unrecht nicht aus sich selbst heraus, sondern nur kraft Anlehnung an die Tat des "eentlichen" Täters. Ohne die Beteiligung eines Beamten wäre die Mitwirkung von Nichtbeamten an einem echten Amtsdelikt undenkbar. Es würde sich also in Wahrheit um eine akzessorische Form der Mitwirkung und damit der Sache nach nicht um Täterschaft, sondern um Teilnahme handeln.

Wenn diese Gedankenführung zuträfe, dann scheiterte der Einheitstäterbegriff an den eigenhändigen Verbrechen und Sonderdelikten, denn der Einheitstäterbegriff zeichnet

-
- 1) Für die Sonderverbrechen hat er das in seinem Strafrecht S. 102, für die eigenhändigen Delikte in JZ 1956/550 Anm. 83 ausgesprochen.
 - 2) Im Grunde richten sich Schröders Gedankengänge (vgl. oben D III 1) auch gegen diese Interpretation der Sonderdelikte, denn Nowakowskis Lesart dieser Delikte erfaßt, wörtlich genommen, nur die nichtqualifizierten Beteiligten. Auch bei den Delikten mit besonderen persönlichen Merkmalen wird man die Einheitstätervorschriften daher wohl besser als Zurechnungsvorschriften verstehen.
 - 3) Gallas Mat. I S. 143 und Nschr. Bd. 2 S. 68; Jescheck, Lehrbuch S. 429 und Nschr. Bd. 2 S. 98; Dietz 1957 S. 109; Welzel Mat. I S. 50; Latagliata, Enciclopedia S. 573 Sp.2; Salama S. 79; aber auch die Amtl. Begr. z. E 62 S. 147 Sp. 1 und Schroeder, Der Täter S. 47
 - 4) Mat. I S. 143; ganz ähnlich Dietz 1957 S. 77 und Jescheck SchwZStr 1956/228, 229

sich gerade dadurch aus, daß er die Teilnahme beseitigen will. Es lassen sich aber schon auf Grund des geltenden Täterbegriffs Beispiele bilden, die Zweifel an der Gallas'schen Argumentation aufkommen lassen.

So ist es evident, daß ohne die Beteiligung eines Mannes die Mitwirkung einer Frau an dem Delikt der Notzucht undenkbar ist. Im Falle der Mitwirkung eines Mannes kann eine Frau aber sehr wohl mittelbare Täterin oder Mittäterin - also doch Täterin (!) - der Notzucht sein¹. Das zeigt, daß jemand, der zwar notwendigerweise von der Mitwirkung einer durch besondere persönliche Merkmale gekennzeichneten Person abhängt, im Falle der Mitwirkung dieser Person durchaus Täter sein kann. Da eine Frau bei dem Delikt der Notzucht immer auf die Mitwirkung eines Mannes angewiesen ist, wird ihre Handlung immer irgendwie akzessorisch sein. Wenn sie trotzdem Täterin sein kann, so beweist das nur, daß nicht jede Art der Akzessorietät die Täterschaft ausschließt.

Und auch Handlungen, die nicht aus sich selbst heraus strafbar sind, sondern nur kraft Anlehnung an die Handlung eines anderen, müssen nicht unbedingt Teilnahmehandlungen sein. Wenn ein Beamter einem Nichtbeamten zwecks Erhebung übermäßiger Abgaben (§ 353 StGB) seine Dienstkleidung ausleiht, so hängt die Strafbarkeit des Beamten davon ab, daß der Nichtbeamte auch wirklich übermäßige Abgaben ein-kassiert. Erst wenn der Nichtbeamte das tut, stellt die Handlung des Beamten strafbares Unrecht nach § 353 dar². Auch hier haben wir einen (mittelbaren) Täter vor uns, der nur kraft Anlehnung an das Tun eines anderen strafbares Unrecht verwirklicht.

1) BGHSt 6/226; Welzel, Strafrecht S. 412; Maurach BT S. 444; Schönke-Schröder, Anm. 8 und 12 zu § 177; Mezger-Blei BT S. 76; Roxin S. 417 ff; Dreher, Anm. 2 B b zu § 177.

2) Ein allenfalls vorliegender Versuch - zum Versuch des mittelbaren Täters unten S. 188 - wäre bei § 353 straflos.

Wenn man die Frage prüft, ob der Einheitstäterbegriff an den Sonderdelikten und eigenhändigen Verbrechen scheitert, ist es aufschlußreich zu erkennen, daß die Teilnahmevorschriften durchaus nicht bei allen Delikten in gleicher Weise wirken. Bei den allgemeinen Delikten gehen die Vorschriften über die Täterschaft und Teilnahme von einem Unterschied im Handlungselement aus. Die Teilnahmevorschriften beziehen dabei Personen in den Bereich des Strafbaren ein, die das von den Tatbeständen des BT verlangte Handlungselement nicht aufweisen. Bei den Sonderdelikten aber beziehen sie Personen in den Bereich des Strafbaren ein, denen die Subjektsqualität des jeweiligen Tatbestandes fehlt. Insoweit haben also die Teilnahmevorschriften bei den Sonderdelikten einen a n d e r e n Charakter als bei den übrigen Straftaten¹.

Unter dem Begriff "Teilnahme" sind demnach im Grunde zwei verschiedenartig wirkende Vorschriften zusammengefaßt, nämlich einmal Vorschriften, die den Bereich des Strafbaren in Bezug auf das Handlungselement erweitern (bei den allgemeinen Delikten), und zum anderen Vorschriften, die ihn in Bezug auf die Subjektsqualität ausdehnen (bei den Sonderdelikten). Nun kann man aber zwei derartig verschiedene Vorschriften nur dann unter dem einen Begriff "Teilnahme" zusammenfassen, wenn sie bei all ihrer Verschiedenheit ein gemeinsames Merkmal aufweisen. Für den zusammenfassenden Begriff "Teilnahme" kann dann aber nur dieses g e m e i n - s a m e Merkmal kennzeichnend sein.

Und eines haben die Teilnahmevorschriften bei allen Delikten gemeinsam: Der Teilnehmer wird sowohl bei den Sonderdelikten und eigenhändigen Straftaten als auch bei den übrigen Verbrechen nur dann in den Bereich des Strafbaren einbezogen, wenn ein anderer Beteiligter tatbestandsmäßig (-rechts-

1) Amtl. Begr. z. ÖE 68 S. 79 Sp. 2; Nowakowski JZ 1956/550 und Schroeder, Der Täter S. 47; Andeutungen auch bei Roxin S. 361 Anm. 8

widrig) gehandelt hat. Gemeinsames Merkmal jeder Art der Teilnahme ist daher die qualitative Akzessorietät. Da für den zusammenfassenden Begriff "Teilnahme" nur dieses gemeinsame Merkmal der qualitativen Akzessorietät charakteristisch ist, kann man eine Vorschrift nicht schon dann als eine Teilnahmevorschrift bezeichnen, wenn sie die Bestrafung von Personen ermöglicht, denen an sich die Subjektsqualität des Tatbestandes fehlt, sondern erst dann, wenn sie zu einer qualitativen Akzessorietät der Beteiligung des Extraneus führt.

Es gilt demnach zu untersuchen, ob die Abhängigkeit des Extraneus vom Intraneus auf Grund der Einheitstätervorschriften qualitativ akzessorischer Natur ist. Zu diesem Zweck formuliere man die Tatbestände der Sonderdelikte und eigenhändigen Verbrechen extensiv. § 348 StGB hätte danach zu lauten: "Wer vorsätzlich verursacht, daß ein Beamter ... die falsche Beurkundung einer rechtlich erheblichen Tatsache bewirkt, ...". Bei dieser Interpretation dieses Sonderdelikts genügt zur Bestrafung des Extraneus die bloße Tatsache, daß ein Intraneus mitwirkt. Bei dieser Auslegung des Tatbestands ist der Extraneus nämlich auch dann erfaßt, wenn der Intraneus rechtmäßig handeln würde. Und der Extraneus fällt auch dann unter den Tatbestand, wenn der Intraneus unvorsätzlich und damit nach h. L.¹ nicht tatbestandsmäßig handelte.

Dasselbe gilt, wenn man die Vorschriften über die Einheitstäterschaft als Zurechnungsvorschriften auffaßt. In diesem Falle wird dem Extraneus nicht etwa die tatbestandsmäßige oder tatbestandsmäßig-rechtswidrige Handlung des Intraneus zugerechnet, sondern nur die Subjektsqualität des Intraneus

1) So vor allem sämtliche Finalisten (z.B. Maurach AT S. 194/195 und Welzel, Strafrecht S. 64/65); aber auch Lackner-Maassen, Anm. II 5 c zu § 59; Dreher, Anm. B II 1 d vor § 1; Jescheck, Lehrbuch S. 437; Heinitz JR 1957/79 Sp. 1 und Bockelmann, Strafrechtl. Untersuchungen S. 151/152; a.A. ibs. BGHSt 9/370, 377 und 2/194; Schönke-Schröder, Anm. 79 vor § 51; Mezger-Blei AT S. 180 und Baumann, Strafrecht S. 360

als solche. Auch hier kommt es für die Strafbarkeit des Extraneus allein darauf an, ob seine Tat, einschließlich des ihm Zugerechneten, tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft ist.

Damit ist gezeigt, daß die Mitwirkung von Extranei an Sonderverbrechen und eigenhändigen Delikten nicht qualitativ akzessorisch ausgestaltet ist. Da nun aber nicht jede Form der Akzessorietät, sondern nur eine qualitative Akzessorietät für die Teilnahme charakteristisch ist, kann der Einwand, der Einheitstäterbegriff müsse schon daran scheitern, daß die Mitwirkung des Extraneus der Sache nach immer Teilnahme und nicht Täterschaft sei, nicht richtig sein¹.

Es ist daher nicht weiter verwunderlich, daß dieser Einwand durchaus nicht allgemein anerkannt ist. Eo ipso abgelehnt ist er von allen Befürwortern des Einheitstäterbegriffes, worunter ibs. die Gesetzgeber des OWiG, des öE 68 und des italienischen Codice penale zählen². Wer nämlich den Einheitstäterbegriff befürwortet, der ex definitione nur Täter kennt, muß der Auffassung sein, daß auch Extranei Täter sein können³. Die Möglichkeit der Täterschaft von Extranei bei Sonderdelikten und eigenhändigen Verbrechen wird vor allem von der Amtlichen Begründung zum öE 68 näher ausgeführt⁴. Aber selbst zahlreiche Stimmen, die dem Einheits-täterbegriff durchaus ablehnend gegenüberstehen, halten es trotzdem sehr wohl für möglich, daß der Gesetzgeber Extranei zu Tätern machen kann. Zu den bedeutendsten zählen der

-
- 1) Zur praktischen Behandlung der Sonderdelikte und eigenhändigen Verbrechen auf Grund der Einheitstäterschaft siehe unten E VI 4 und 5
 - 2) Amtl. Begr. z. OWiG S. 28 Sp. 2 und 47 ff; Amtl. Begr. z. öE 68 S. 78 ff; Relazione zum c. p. i. S. 165
 - 3) A.A. Roeder, Der Allgemeine Teil S. 30 ff und ZStrW 69 (1957)/241
 - 4) S. 79 Sp. 2. Die Möglichkeit der Täterschaft von Extranei bejahen auch Schwalm (Nschr. Bd. 2 S. 90) und Tröndle (Grundlagen S. 17).

E 1913, der E 1919 und Roxin¹. Die österreichische und italienische Rspr. kennen - obwohl sie nicht vom Einheitstäterbegriff ausgehen² - bereits de lege lata die Täterschaft von Extranei³. Man muß dazu lediglich - wie Roxin⁴ ganz richtig bemerkt - die Qualifikation nicht mehr als ein selbständiges Täterkriterium ansehen, sondern nur noch als gewöhnliches Tatbestandsmerkmal, das genauso wie andere Tatbestandsmerkmale nicht der eigenhändigen Verwirklichung durch den Täter bedarf.

Abschließend noch eine Bemerkung zur Reform des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts: Wir haben mit dem 2. StrRG von 1969 und dem OWiG von 1968 zwei neue Gesetze bekommen, von denen das eine zwischen Tätern und Teilnehmern differenziert, während das andere dem Einheitstäterbegriff folgt. Begründet ist die ablehnende Haltung des neuen StGB gegenüber dem Einheitstäterbegriff nicht zuletzt damit, daß diese Rechtsfigur bei den Delikten mit besonderen persön-

-
- 1) § 37 Abs. 1 E 1913 und § 30 Abs. 1 E 1919 haben folgende gleichlautende Fassung: "Bestimmt das Gesetz, daß besondere Eigenschaften oder Verhältnisse die Strafbarkeit begründen, so ist der mittelbare Täter ... auch dann strafbar, wenn die Umstände in ihrer Person nicht vorliegen."
Roxin S. 352; offenbar auch Schnyder S. 144/145
 - 2) Vgl. oben S. 92 Anm. 1 bezüglich des öOGH bzw. S. 129 bezüglich des italienischen Kassationsgerichtshofs.
 - 3) Österreich: SSt. I 77; öOGH in EvBl. 287/1944; aber auch Malanuk S. 236; w. Nachw. bei Rittler AT S. 278 Anm. 2
Italien: Cass. 15-5-1967, Cass.pen. 1969/211, m. 268 (Di Silvio); Cass. 10-5-1967, Cass.pen. 1969/211, m. 269 (Miraglia); Cass. 8-5-1961, Giust.Pen. 1962 II 143, m. 117. Aber auch Latagliata, I principi S. 227 Anm. 134, sowie S. 281 und 285.
Schweiz: Piotet ZStrW 69 (1957)/38; Schultz SchwZStr 1956/260 m.w.Nachw. in Anm. 3. Weitere Nachweise ferner bei Schnyder S. 87 Anm. 1.
Weit verbreitet war diese Auffassung auch in der älteren deutschen Literatur: Nachweise bei Roeder ZStrW 69 (1957)/240 Anm. 65.
 - 4) S. 362

lichen Merkmalen versage¹. Wenn das OWiG dagegen die Einheitstäterlösung einführt, so ist damit incidenter ausgesprochen, daß der Gesetzgeber des OWiG an ein derartiges Versagen nicht glaubt; denn sonst hätte er diesen Täterbegriff nicht in das OWiG aufnehmen dürfen.

Es zeigt sich somit eine augenfällige Diskrepanz in der Haltung des Gesetzgebers. Die Amtliche Begründung zum OWiG rechtfertigt die Tatsache, daß im Recht der Ordnungswidrigkeiten - im Gegensatz zum Strafrecht - der Einheitstäterbegriff verwirklicht wird, damit, daß im OWiG kein ausreichender Grund für eine Differenzierung der Beteiligungsformen bestehe, weil sämtliche Arten der Tatbeteiligung aus demselben Strafraumen geahndet werden². Diese Begründung vermag jedoch die unterschiedliche Auffassung der Gesetzgeber des 2. StrRG und des OWiG zu der Frage, ob der Einheitstäterbegriff bei den Delikten mit besonderen persönlichen Merkmalen versagt, nicht zu erklären. Diejenigen, die die Möglichkeit der Täterschaft von Extranei verneinen, stellen nämlich durchaus nicht darauf ab, ob die Extranei aus demselben Strafraumen gestraft werden wie die Intranei oder nicht. Sie erklären vielmehr, daß es dem Gesetzgeber g e n e r e l l nicht möglich sei, Extranei zu Tätern zu machen, weil die Mitwirkung von Extranei in jedem Falle eine akzessorische Beteiligung und daher der Sache nach i m m e r bloße Teilnahme sei³.

Man kann daher nur zu dem Schluß kommen, daß sich die Gesetzgeber des 2. StrRG und des OWiG in der Frage, ob der Einheitstäterbegriff an den Sonderdelikten und eigenhändigen Verbrechen scheitert, gegenseitig widersprechen. Da der Gesetzgeber des neuen StGB diese Frage bejaht und dies

1) Amtl. Begr. z. E 62 S. 147 Sp. 1, sowie Sturm S. 1648 Sp. 1 und S. 1821 Sp. 2

2) S. 48 Sp. 1

3) Siehe oben S. 143 und die dortige Anm. 4

immer wieder als einen Grund für seine ablehnende Einstellung zum Einheitstäterbegriff angibt, mindert die im OWiG zum Ausdruck kommende Auffassung des dortigen Gesetzgebers die Überzeugungskraft der für das neue StGB normierten Regelung der Beteiligung.

IV. Einheitstäterbegriff und Handlungsunwert.

Es ist durchaus anerkannt¹, daß das Verbrechen seinem Wesen nach nicht nur Rechtsgutverletzung ist, sondern auch als Pflichtverletzung des Delinquenten betrachtet werden muß. Das Rechtswidrigkeitsurteil besagt nämlich nicht nur, daß das Tun des Delinquenten sozialschädlich, sondern auch, daß es sozialetisch verwerflich war; denn es enthält die Feststellung, daß der Delinquent sich anders hätte verhalten sollen.

Nun lehrt i. b. S. Gallas, daß die Einheitstäterlösung diesen über den reinen Erfolgsunwert hinausgehenden Handlungsunwert nicht zu erfassen vermöge, weil sich an einen kausalen Vorgang zwar der Maßstab der Sozialgefährlichkeit, nicht aber ein sozial-ethisches Unwertsurteil anknüpfen lasse².

Dieser Satz beruht auf der in ihm steckenden Behauptung, daß Grundlage der Einheitstäterschaft ein rein kausaler Vorgang sei. Nun reicht aber angesichts der Einheitstäterlösung beileibe nicht jedweder Kausalvorgang, der den tatbestandlichen Erfolg herbeiführt, zur Täterschaft aus. Erforderlich ist doch zumindest, daß dieser Erfolg nicht

1) Strittig ist eigentlich nur das Rangverhältnis zwischen Handlungs- und Erfolgsunwert. So lehrt etwa Welzel, Strafrecht S. 62: "Der personale Handlungsunwert ist der generelle Unwert aller strafrechtlichen Delikte." Dagegen heißt es bei Schönke-Schröder (Anm. 21 vor § 1): "Seinem Wesen nach ist das Verbrechen in erster Linie Rechtsgutsverletzung." Eine ausführliche Darstellung des Meinungsstandes findet sich bei H. Schneider S. 63 Anm. 91.

2) Mat. I S. 123/124 und 143; ferner Jescheck, Lehrbuch S. 429; Dietz 1957 S. 108/109 und Blau, Deutsche Beiträge S. 90

durch irgendeinen physikalischen Vorgang, sondern durch die Handlung eines Menschen verursacht ist. Das kann Gallas doch kaum verkannt haben¹. Eine Handlung ist jedoch bereits ex definitione ein von menschlichem Willen getragenes Verhalten². Sobald aber ein Verhalten von menschlichem Willen getragen ist, ist dieses Verhalten - oder genauer gesagt, die Bildung des dem Verhalten zugrunde liegenden Willens - einem sozialetischen Werturteil zugänglich.

Am besten aber ist es, den Einwand von Gallas an Hand von praktischen Beispielen zu widerlegen. Dazu denke man etwa an eine Sachbeschädigung, bei der den Beteiligten nicht bekannt ist, daß der Eigentümer in die Zerstörung seiner Sache eingewilligt hat. Haben die Beteiligten den tatbestandlichen Erfolg - d.h. die Beschädigung der fremden Sache - vorsätzlich verursacht, so fallen sie auf Grund der Einheitstäterschaft unter den extensiv zu interpretierenden Tatbestand des § 303. Damit droht ihnen Strafe, wenn nicht eine Rechtfertigung anzunehmen ist. Eine Einwilligung rechtfertigt nach h. M. jedoch nur dann, wenn der Handelnde die Einwilligung kennt³. Gerade diese Kenntnis fehlt den Beteiligten in vorliegendem Fall. Sie können daher gestraft werden, obwohl ihr Tun objektiv nicht sozialschädlich ist, da der Inhaber des Rechtsgutes auf den Schutz des Rechtsgutes wirksam verzichten konnte und tatsächlich verzichtet hat. Grund der Bestrafung ist in derartigen Fällen - wie Welzel und Jescheck⁴ ganz richtig feststellen - der im Vorgehen

-
- 1) In Mat. I S. 123 aber anscheinend doch, denn dort heißt es: "Begehen einer Tat ist nicht gleich Bewirken eines Taterfolges, Handeln etwas anderes als Verursachen."
 - 2) Auch nach der kausalen Handlungslehre, vgl. etwa bei Schönke-Schröder Anm. 27 vor § 1
 - 3) BGHSt 4/199; Maurach AT S. 288; H. Mayer, Strafrecht 1953 S. 167; Mezger-Blei AT S. 121/122; Welzel, Strafrecht S. 97; Dreher, Anm. 2 A vor § 51. Selbst nach der Mindermeinung (Schönke-Schröder Anm. 46 vor § 51; Jescheck, Lehrbuch S. 452; Sauer S. 136 und Baumann, Strafrecht S. 314) tritt immerhin Strafbarkeit wegen Versuchs ein.
 - 4) Welzel, Strafrecht S. 97 und Jescheck, Lehrbuch S. 452

der Beteiligten liegende Handlungsunwert. Wenn aber auch die Einheitstäterlösung Fälle kennt, in denen allein der Handlungsunwert die Grundlage der Strafbarkeit bildet, muß die Behauptung von Gallas, die Einheitstäterschaft könne den Handlungsunwert nicht erfassen, unrichtig sein.

Besonders instruktiv ist in diesem Zusammenhang auch ein Blick auf die Strafbarkeit des Versuchs. Dort nämlich rückt der Handlungsunwert ganz in den Vordergrund, während der Erfolgsunwert mangels Erfolgseintritts zurücktritt¹. Wenn nun die Einheitstäterschaft den Handlungsunwert nicht zu erfassen vermöchte, wäre eigentlich angesichts dieser Umstände zu erwarten, daß der den Einheitstäterbegriff verankernde öE 68 hinsichtlich der Strafbarkeit des Versuchs weit zurückhaltender wäre als das 2. StrRG, das in seinem § 25 dem restriktiven Täterbegriff folgt. In Wirklichkeit ist es aber gerade umgekehrt. Während das 2. StrRG in seinem § 23 Abs. 2 eine fakultative Strafmilderung eröffnet, droht § 14 Abs. 1 öE 68 die Vollendungsstrafe an. Das Ausbleiben des Erfolges hält er dem Delinquenten nur als Strafzumessungsgrund (§ 40 Nr. 11) zugute. Und während nach § 30 Abs. 1 des 2. StrRG nur die versuchte Anstiftung zu Verbrechen Strafe nach sich zieht, die noch dazu obligatorisch zu mildern ist, inkriminiert § 14 Abs. 1 öE 68 auch die versuchte Anstiftung zu Vergehen, und zwar mit Vollendungsstrafe.

Zu dem Einwand von Gallas will es auch gar nicht passen, daß gerade die den Einheitstäterbegriff fordernde Preußische Denkschrift scharf gegen eine am Erfolg orientierte Versuchsstrafbarkeit zu Felde zieht², während andererseits der AE, der in seinem § 27 einen restriktiven Täterbegriff

1) So ibs. die Amtliche Begründung zum E 62 S. 143 Sp. 1, wonach sich die Strafwürdigkeit des Versuchs in erster Linie aus der Willensrichtung des Delinquenten und dem Maß seiner Pflichtwidrigkeit ergibt. Daß der Erfolgsunwert beim Versuch fehlt, stellt vor allem die Begründung zu § 25 AE heraus.

2) S. 113

normiert, unter Berufung auf den mangelnden Erfolgsunwert¹ eine obligatorische Strafmilderung für den Versuch vorschlägt.

Selbst wenn also Gallas mit seinem Einwand gegen den Einheitstäterbegriff Recht hätte, müßte man angesichts dieser Gegebenheiten sagen, daß sein Einwand blasse Theorie ist und sich praktisch nicht auswirkt.

V. Der Systemdualismus der traditionellen Regelung der Beteiligung.

Im Bereich des Unterlassens ist der Einheitstäterbegriff neuerdings bereits de lege lata im Vordringen begriffen. So gibt es etwa nach Auffassung von Welzel und Kaufmann keine Teilnahme am Unterlassungsdelikt; die betreffenden Personen seien vielmehr allesamt als Täter anzusehen². Und selbst die Möglichkeit der Teilnahme am Begehungsdelikt durch Unterlassen wird mehr und mehr geleugnet³.

Daß der Einheitstäterbegriff im Bereich der Fahrlässigkeitsdelikte gilt, ist praktisch schon seit jeher anerkannt. Bei fahrlässigem Handeln kommt nämlich nur eine Bestrafung als Täter in Betracht; fahrlässige Teilnahme gibt es nach

1) Begründung zu § 25 S. 61

2) Welzel, Strafrecht S. 206; Kaufmann, Unterlassungsdelikte S. 190 ff; a.A. die h.M., z.B. BGHSt 14/280 und Schönke-Schröder, Anm. 103 vor § 47 m.w.Nachw.

3) Welzel, Strafrecht S. 222; Kaufmann, Unterlassungsdelikte S. 291 ff; Grünwald GA 1959/110 ff; grundsätzlich auch Schönke-Schröder, Anm. 106 vor § 47; a.A. die noch h.M., z.B. BGH in VRS 18/415, 421 und Jescheck, Lehrbuch S. 461 m.w.Nachw. in Anm. 33, ferner Schwalm, Engisch-Festschrift S. 552.

Gerade mit Rücksicht auf diese neuere Lehre hat der Gesetzgeber den in § 13 E 62 enthaltenen Passus gestrichen, wonach Personen, die den tatbestandlichen Erfolg pflichtwidrig nicht abwenden, "als Täter oder Teilnehmer" des fraglichen Delikts zu bestrafen seien. § 13 des 2. StrRG besagt nur noch, daß das Gesetz auch auf die pflichtwidrig unterlassenden Personen anzuwenden sei, ohne darauf einzugehen, welche Beteiligungsformen hierbei möglich sind (vgl. Sturm S. 1864/1865).

deutschem Recht nicht¹. Dabei soll es auch in Zukunft bleiben.

Verwirklicht man den Einheitstäterbegriff nur bei den Fahrlässigkeitsdelikten und eventuell noch im Bereich des Unterlassens, während man im übrigen zwischen Täterschaft und Teilnahme unterscheidet, so hat man in ein- und demselben Gesetz zwei verschiedene Täterbegriffe. Das hat nach Auffassung der Amtlichen Begründung zum ÖE 68 einen "Systemdualismus" zur Folge². Mit der Einheitstäterlösung dagegen könne man einen solchen Systemdualismus vermeiden, denn diese lasse sich bei allen Delikten gleichermaßen durchführen.

Es fragt sich daher, ob dieser Systemdualismus einen entscheidenden Einwand gegen die traditionelle Regelung abgibt, die in ein- und demselben Gesetz zwei verschiedene Täterbegriffe verankert. Das wäre dann der Fall, wenn das Gesetz dadurch widersprüchlich würde und seine innere Geschlossenheit verlöre.

Der Täterbegriff bestimmt, wie weit der Anwendungsbereich der Tatbestände des BT geht. Diesen Bereich kann der Gesetzgeber von vornherein weit ziehen; er kann ihn aber auch verhältnismäßig eng abstecken und die endgültige Erstreckung der Strafbarkeit erst durch tatbestandsergänzende Teilnahmevorschriften festlegen. Dabei könnte es zweckmäßig sein, bei Vorsatzdelikten anders vorzugehen als bei Fahrlässigkeitsdelikten, zumal man die Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme ja auch noch zur Differenzierung der Strafraumen heranziehen kann. Wenn man den Unterschieden zwischen den Vorsatz- und den Fahrlässigkeitsdelikten dadurch besser gerecht zu werden vermag, daß man verschiedene Täterbegriffe normiert, dann rechtfertigt sich dieser

1) BGH in VRS 18/415; Gallas, Deutsche Beiträge S. 19. Strittig ist in diesem Zusammenhang eigentlich nur, ob eine fahrlässige Teilnahme überhaupt begrifflich denkbar ist: Verneinend etwa Maurach AT S. 572; Welzel, Strafrecht S. 99 und Jescheck, Lehrbuch S. 436 (von Roxin S. 574 als h.M. bezeichnet); a.A. z.B. Roxin S. 572 und Pedrazzi S. 82. Vgl. auch Art. 113 c. p. i.

2) S. 79 Sp. 2

"Systemdualismus" aus der Unterschiedlichkeit dieser beiden Deliktsarten. Wenn man dagegen sowohl bei den Vorsatzdelikten als auch bei den Fahrlässigkeitsdelikten mit dem Einheitstäterbegriff besser fährt, dann verbietet der Dualismus sich schon wegen seiner schlechten Ergebnisse. Dem Hinweis auf den Systemdualismus kann daher allenfalls dann eine Bedeutung zukommen, wenn beide Lösungen gleich gute Resultate bringen. In diesem Zusammenhang mag es wenig sinnvoll erscheinen, in demselben Gesetz zwei verschiedene Täterbegriffe zu verankern. v. Cramer spricht in diesem Zusammenhang recht treffend von einem "in gewissem Sinne ästhetischen Bedürfnis" nach Vereinheitlichung der Täterbegriffe¹. Derartige Bedürfnisse können jedoch bei der Abfassung eines Gesetzes nicht ausschlaggebend sein. Letzten Endes wird es immer nur auf die Praktikabilität beider Lösungen ankommen; denn in der Jurisprudenz ist - wie ibs. Schwalm² betont - alles, was nicht irgendwie die praktische Rechtsanwendung fördert, im Grunde wertlos.

VI. Kann der Gesetzgeber überhaupt Anstifter und Gehilfen zu Tätern umformen?

Von den Gegnern der Einheitstäterlösung wird gerne darauf hingewiesen, daß die Figuren des Täters, des Anstifters und des Gehilfen fest im Volksbewußtsein verwurzelt und mit ganz bestimmten Vorstellungswerten verbunden seien. Diese Figuren müßten daher als Realitäten betrachtet werden, die der Disposition des Gesetzgebers entzogen seien. Der Einheitstäterbegriff sei abzulehnen; denn es sei einfach nicht wahr, daß man Anstifter und Gehilfen zu Tätern machen könne³.

1) StrAbh 354/81; auch Schnyder S. 53 Anm. 1 sieht in der Vereinheitlichung der Täterbegriffe lediglich einen "formalen Vorteil".

2) Festschrift für Engisch S. 548

3) In diesem Sinne vor allem Gallas Nschr. Bd. 2 S. 67; Serini, öProtokolle S. 868; Latagliata, I principi S. 52; Ranieri S. 440; Bettiol S. 525 und Salama S. 21 und 51

In den Augen des Volkes erscheinen tatsächlich nicht sämtliche Beteiligte als Täter, sondern allenfalls die hervorstechendsten. Präzise Vorstellungen darüber, wer nun aber als Täter, Anstifter oder Gehilfe anzusehen ist, dürften jedoch nicht bestehen. Es finden sich denn auch in der Jurisprudenz nur ganz selten Ansätze dazu, diese Rechtsfiguren unmittelbar durch einen Rückgriff auf volkstümliche Vorstellungen festzulegen¹. Das hängt wohl mit dem Zweck dieser Rechtsfiguren zusammen. Die Bestimmungen über die Täterschaft, die Anstiftung und die Beihilfe sind nicht dazu in das Gesetz eingefügt, um mögliche Formen der Mitwirkung am Verbrechen aufzuzeigen, sondern um auch im Falle der Beteiligung die Möglichkeit strafrechtlicher Ahndung sicherzustellen. Wenn es aber bei der gesetzlichen Normierung dieser Rechtsfiguren in erster Linie um die Möglichkeit der Ahndung geht, so müssen Täterschaft, Anstiftung und Beihilfe irgendwie mit den Tatbeständen des BT, welche die Voraussetzungen der Ahndung regeln, zusammenhängen. Die Tatbestände des BT jedoch stellt der Gesetzgeber auf. Das deutet darauf hin, daß die Rechtsfiguren des Täters, Anstifters und Gehilfen doch der Disposition des Gesetzgebers unterliegen.

Um auf den obigen Einwand gegen den Einheitstäterbegriff eine Antwort geben zu können, muß man jedoch mit präziseren Aussagen aufwarten. Es gilt demnach festzustellen, was jemanden im Sinne der Rechtswissenschaft zum Täter macht. Dann ist zu überlegen, wie sich dieses Ergebnis mit der volkstümlichen Tätervorstellung verträgt.

Vielfach ist die Täterschaft nicht umfassend gesetzlich beschrieben. Das geltende StGB z. B. enthält nur eine Vorschrift über die Mittäterschaft; manche Kodifikationen enthalten überhaupt keine Vorschrift über die Täterschaft².

1) Hardwig GA 1954/353 ff, ibs. die Beispiele S. 355 und 356

2) So z.B. das schweizerische StGB (§§ 24 ff), der französischen code pénal (Art. 59 ff) und der deutsche E 1925 (§§ 25 ff).

In diesen Fällen ergibt der Grundsatz "nulla poena sine lege", daß man als Täter nur diejenigen Personen bestrafen kann, die unter die Tatbestände des BT fallen; Täter sind daher diejenigen, die tatbestandsmäßig handeln. So ergibt sich, daß die Tatbestandsmäßigkeit das die Täterschaft charakterisierende Merkmal ist¹. Nun ist es aber Sache des Gesetzgebers zu bestimmen, was tatbestandsmäßig ist und was nicht. S o g e s e h e n ist es durchaus möglich, Anstifter und Gehilfen zu Tätern zu machen. Hierbei muß man nur dafür sorgen, daß auch die Anstifter und Gehilfen tatbestandsmäßig handeln. Gerade das aber besorgen die Vorschriften über die Einheitstäterschaft.

Der Kreis derjenigen Beteiligten, die auf Grund des herkömmlichen Täterbegriffes tatbestandsmäßig handeln, deckt sich allerdings ungefähr mit dem Kreis von Personen, die auch im Volke als Täter gelten. Hier sind also die tatbestandsmäßig Handelnden in etwa mit den Tätern im volkstümlichen Sinne identisch. Es hat daher einen guten Sinn, sie als Täter anzusprechen; denn dieser Begriff ist allgemein geläufig und vermag dem Volke eine recht gute Vorstellung von der Art der Beteiligung des Betroffenen vermitteln².

1) Ausführlich oben B II

2) Es gilt jedoch festzuhalten, daß sich die Täterschaft auch nach dem herkömmlichen Täterbegriff nur aus der Tatbestandsmäßigkeit und nicht aus volkstümlichen Vorstellungen ergibt. Das soll am sog. Gänsebuchtfall gezeigt werden, in dem sich ein Bauer fremde Gänse zueignen will und sie deshalb von seinem Knecht, der die Sachlage kennt, in den eigenen Stall treiben läßt. Nach geltendem Recht, wo § 242 die Absicht des Sich-zueignens verlangt, ist der absichtslose Knecht nur Gehilfe; Täter - mittelbarer Täter - ist wegen seines Zueignungswillens der Bauer (h.M.: RG 39/37; Welzel, Strafrecht S. 104 m.w. Nachw.). Im kommenden Strafrecht wird es für den Diebstahl genügen, daß der Wegnehmende die Absicht hat, die Sache einem anderen zuzueignen (§ 235 E 62). Genau das trifft auf den Knecht zu; er wird demnach in Zukunft als Täter zu betrachten sein. Man sieht, wie die inhaltliche Änderung eines Tatbestandes auch bei Zugrundelegung des herkömmlichen Täterbegriffes aus Gehilfen Täter machen kann. Trotzdem wird diese Umwandlung eines Gehilfen in einen Täter kaum irgendwelche Bedenken laut werden lassen. Der Grund dafür wird wohl sein, daß diese Umwandlung die volkstümlichen Vorstellungen über die Beteiligtenstellung des Knechts nicht tangiert, weil im Gänsebuchtfall keine ausgeprägten volkstümlichen Vorstellungen bestehen dürften.

Wenn man dagegen vom Einheitstäterbegriff ausgeht, ist das zum Teil anders. Der Kreis derjenigen, die auf Grund des Einheitstäterbegriffs tatbestandsmäßig handeln, deckt sich nicht immer mit dem Kreis derjenigen Personen, die im Volke als Täter angesehen werden. Angesichts der Einheitstäterlösung handeln auch Personen tatbestandsmäßig, die im Volke eindeutig als bloße Anstifter und Gehilfen eingestuft werden. Der Täter der Einheitstäterlösung ist zwar auch durch das Merkmal gekennzeichnet, das den Täter des restriktiven Täterbegriffs kennzeichnet - beide Arten von Tätern handeln jeweils tatbestandsmäßig; die Täter der Einheitstäterlösung sind jedoch nicht immer identisch mit den Tätern im volkstümlichen Sinne.

Es fragt sich daher, ob es glücklich ist, auch diejenigen Personen, die auf Grund der Einheitstäterlösung tatbestandsmäßig handeln, als "Täter" zu bezeichnen. Es ist doch nicht zu verkennen, daß damit der Ausdruck "Täter" in einer Weise verwendet wird, die in vielen Fällen dem volkstümlichen Verständnis dieses Begriffes zuwiderläuft. Es fehlt auch nicht an Stimmen, die vor einem solchen, dem Volksverständnis zuwiderlaufenden Begriffsgebrauch warnen¹. Es ist daher zu begrüßen, daß es der Gesetzgeber des OWiG - im Gegensatz zum Referentenentwurf² - vermieden hat, in § 9 Abs. 1 alle Beteiligten als "Täter" anzusprechen.

Dabei war der Sprachgebrauch früher weit besser. Zimmerl,

1) So ibs. Serini, öProtokolle S. 869. Serini befürchtet sogar, daß man durch einen derartigen Begriffsgebrauch an jenem Graben zwischen dem juristischen Denken und dem Rechtsgefühl des Volkes mitarbeite, der zum Mißtrauen gegen die Juristen und die Justiz überhaupt führe.

2) § 9 Abs. 1 des Referentenentwurfs lautete: "Beteiligen sich mehrere an einer Ordnungswidrigkeit, so ist jeder von ihnen Täter. Vgl. i.ü. die Amtl. Begr. S. 48 Sp. 2

der als erster die verschiedenen Täterbegriffe klar herausgearbeitet hat, spricht in seinem grundlegenden Aufsatz in ZStrW 49 (1929)/39 ff nie von einem restriktiven Täterbegriff oder einem extensiven Täterbegriff (Einheitstäterbegriff), sondern immer nur von der restriktiven oder extensiven Interpretation der Tatbestände. Wäre man bei diesem Sprachgebrauch geblieben, dann wäre der sachliche Kern des Einheitstäterbegriffs heute in vielem klarer. Jedermann würde sofort erkennen, daß es bei der Einheitstäterschaft nur darum geht, daß die Tatbestände des BT auch die bisherigen Teilnehmer erfassen, die bei restriktiver Interpretation nicht darunter fallen würden. Und kaum jemand würde noch auf den Gedanken kommen, die Einheitstäterlösung wolle aus Anstiftern und Gehilfen Täter im volkstümlichen Sinne machen. Das wäre in der Tat auch nicht möglich. Der obige Einwand trifft daher im Grunde nur den Sprachgebrauch, das allerdings nicht zu Unrecht; der Sache nach geht er jedoch fehl.

E. Erfasst die Einheitstäterschaft alle, aber auch nur strafwürdige Handlungen?

I. Der Begriff der Beteiligung.

Auf Grund der Einheitstätervorschriften erfassen die Tatbestände des BT auch diejenigen Beteiligten, welche die Ausführungshandlung nicht eigenhändig vornehmen, weil ihnen diese zugerechnet wird. Desgleichen haften bei Delikten mit strafbegründenden besonderen persönlichen Eigenschaften im Falle der Beteiligung eines Intraneus auch die nicht-qualifizierten Komplizen, weil auch hier eine Zurechnung erfolgt. Diese Zurechnungen sind also an das Vorliegen einer Beteiligung¹ geknüpft. Die Strafbarkeit derer, die nicht eigenhändig ausführen bzw. nicht selbst Träger der Qualifikation sind, hängt daher davon ab, ob ein Fall der Beteiligung gegeben ist. Wenn man also untersuchen will, was auf Grund der Einheitstäterlösung strafbar ist bzw. was nicht strafbar ist, muß geklärt werden, welcher Inhalt diesem Begriff zukommt.

1. Der rein kausale Begriff der Beteiligung.

Nach der Amtlichen Begründung zum öE 68 betrifft der Begriff der Beteiligung ausschließlich die äußere Wirksamkeit der Handlung². Wer vorsätzlich verursacht, daß ein anderer das Verbrechen unvorsätzlich ausführt, ist demnach ebenso ein "Beteiligter" wie derjenige, der unvorsätzlich dazu beiträgt, daß ein anderer die Tat vorsätzlich ausführt³. Auch der Begriff der Beteiligung nach § 60 Nr. 2 StPO⁴ und § 830 Abs. 1 S. 2 BGB⁵ setzt anerkanntermaßen kein vorsätzliches Handeln voraus.

1) Im allgemeinen benutzt man zur Kodifizierung der Einheitstäterlösung den Begriff "Beteiligung" (§ 9 OWiG; §§ 11 - 14 öE 68). In § 11 öE 64 wurde daneben auch der Begriff "Mitwirkung" verwandt.

2) S. 80 Sp. 1

3) Amtl. Begr. z. öE 64, AT S. 26 - 28; besonders deutlich aber BT S. 133 Sp. 1 oben. Ganz ähnlich eigentlich auch die Amtl. Begr. z. öE 68 S. 80/81 (vgl. aber S. 325 Sp. 1 unter IV, wo eine "Beteiligung" anscheinend nur bei vorsätzlicher Urheberchaft angenommen wird).

4) BGHSt 10/67 und 68 m.w.Nachw.

5) So zumindest die h. M., ibs. BGH JZ 1961/173, 174 Sp. 2

Bei den gemeinen Delikten (Nicht-Sonderdelikten) führt dieses Begriffsverständnis zu durchaus strafwürdigkeitsadäquaten Ergebnissen. Wer die Tatausführung verursacht - gleichgültig ob vorsätzlich oder unvorsätzlich - ist danach Beteiligter, so daß die Zurechnung einsetzt. Handelt er vorsätzlich, fällt er unter den Vorsatztatbestand. Damit umfaßt der Vorsatztatbestand sämtliche Mittäter, mittelbare Täter, Anstifter und Gehilfen im bisherigen Sinne. Handelt der Verursacher nur fahrlässig, so haftet er gemäß dem Fahrlässigkeitstatbestand, wenn es einen solchen gibt. Handelt er nicht einmal fahrlässig, ist er überhaupt nicht strafrechtlich erfaßt und geht daher straflos aus.

Bei den Delikten mit strafbegründenden besonderen persönlichen Merkmalen dagegen dürfte dieser rein kausale Beteiligungs-begriff Schwierigkeiten bereiten, nämlich ibs. bei den fahrlässigen Sonderdelikten. Verursacht nämlich jemand die Tat eines Intraneus, so müßten ihm Ausführungshandlung und Qualifikation zugerechnet werden, und zwar ganz gleich, ob das Tun des Intraneus nun vorsätzlich, fahrlässig oder nicht einmal fahrlässig war. Damit fiel der Extraneus zwangsläufig unter den Tatbestand des fahrlässigen Sonderdelikts, wenn ihm Fahrlässigkeit zum Vorwurf gemacht werden kann¹. Die Amtliche Begründung zum ÖE 68 bekennt sich zwar ausdrücklich zu diesem Ergebnis². Es scheint aber doch, als ob damit die Strafbarkeit überspannt würde.

Dazu einige Beispiele:

I will sein Auto an X ausleihen, der keinen Führerschein besitzt. Er beauftragt daher seinen Sohn E, den Wagen zu X zu bringen und ihn zu übergeben. - E verursacht somit, daß der Halter I sein Auto von einer Person fahren läßt, die keine Fahrerlaubnis hat. Nach dem rein kausal verstandenen Beteiligungs-begriff würden dem E Tathandlung und Qualifikation des I zugerechnet. Sobald E demnach die mangelnde Fahrer-

1) Richtig erkannt auch von Cramer NJW 1969/1933 Sp. 1

2) S. 81 Sp. 1/Sp. 2

laubnis des X fahrlässigerweise nicht kennt, wäre er nach dem fahrlässigen Sonderdelikt des § 24 Abs. 2 StVG strafbar.

E schickt seinem Freund I, der zur Bewachung eines Munitionsdepots der Bundeswehr eingesetzt ist, ein paar Flaschen Schnaps, um ihm "den Dienst am Vaterland zu versüßen". Dieser trinkt den Alkohol jedoch nicht auf seiner Kasernenstube, sondern im Wachdienst, und zwar gleich so viel, daß unbekannte Dritte unbemerkt das Depot plündern können. - E hat also bewirkt, daß sich der Wachhabende außerstande setzte, seinen Dienst zu versehen. Das würde als Beteiligung anzusehen sein, so daß dem E Tathandlung und Qualifikation des I zuzurechnen wäre. Hätte E den Geschehensablauf vorhersehen müssen (Fahrlässigkeit), würde er nach dem fahrlässigen Sonderdelikt des § 44 Abs. 4 WStG haften.

E bekommt den Besuch des Autofahrers I. Man feiert das Wiedersehen mit gutem alten Cognak, der I alsbald fahruntüchtig macht. Keiner der beiden Zecher wird sich dessen aber so richtig bewußt, und so fährt I guten Gewissens mit dem Auto nach Hause. - I ist wegen fahrlässiger Trunkenheit am Steuer (§ 316 Abs. 2 StGB) strafbar. Dieses Delikt gilt zwar als eigenhändiges Verbrechen¹. Da jedoch E durch seine Bewirtung die Trunkenheitsfahrt des I verursacht hat, wäre ihm diese Ausführungshandlung zuzurechnen. Da er die Trunkenheit des I fahrlässig verkannte, würde er unter § 316 Abs. 2 StGB fallen.

Diese Beispiele dürften deutlich zeigen, daß die Strafbarkeit überspannt würde, wenn man auch Extranei zu Tätern fahrlässiger Sonderdelikte und eigenhändiger Verbrechen machte. Cramer nennt diese bei einem rein kausalen Beteiligungsbegriff zu erwartenden Resultate "schlechterdings

1) BGHSt 18/6; Dreher Anm. 3 und Lackner-Maassen Anm. 2 zu § 316; Engisch, Festschrift für Eb. Schmidt S. 109; a.A. z.T. Schönke-Schröder Anm. 8 zu § 316

undiskutabel"¹. Da jedoch dieser Beteiligungsbegriff zwangsläufig zu einer solch überspannten Haftung führte, wird man den Begriff "Beteiligung" schon zur Vermeidung derartiger Ergebnisse anders verstehen müssen. Die Gefahr solch überspannter Ahndungsmöglichkeiten wäre vor allem im Ordnungswidrigkeitenrecht groß, weil es hier sehr viele fahrlässige Sonderdelikte gibt.

2. Der Beteiligungsbegriff, der Doppelvorsatz verlangt.

Der Begriff der Beteiligung im OWiG wird nicht in diesem obigen, rein kausalen Sinne verstanden. Für die ganz herrschende Meinung ergibt sich schon aus dem natürlichen Wortsinn, daß eine "Beteiligung" nur dann vorliegt, wenn jemand vorsätzlich an der Tat eines anderen mitwirkt². Auch der Begriff der Beteiligung in § 50 Abs. 1 StGB und in § 28 Abs. 2 des 2. StRG ist so zu verstehen. Wer also fahrlässig die Vorsatztat eines anderen verursacht, beteiligt sich nicht an dessen Tat. Recht gewichtige Stimmen verneinen aber auch dann das Vorliegen einer "Beteiligung", wenn jemand vorsätzlich zur unvorsätzlichen Tatausführung eines anderen beiträgt³. Eine Beteiligung liegt nach dieser Auffassung also nur bei einer vorsätzlichen Verursachung vorsätzlicher Tatausführung vor.

Dieses Verständnis des Begriffs "Beteiligung" hat den Vorteil, daß Extranei nicht als Täter fahrlässiger Sonderdelikte und eigenhändiger Verbrechen in Frage kommen. Da sich nämlich fahrlässig Handelnde bei diesem Begriffsverständnis nicht an den Taten anderer "beteiligen", unter-

1) NJW 1969/1933 Sp. 1

2) Amtl. Begr. z. OWiG S. 49 Sp. 1; Dreher NJW 1970/221; Göhler Anm. 1 B; Rebmann-Roth-Hermann Anm. 4; Kleinknecht Anm. 1; Rotberg Anm. 3; Meier, Anm. zu § 9 OWiG und Bode S. 34; nur Cramer (NJW 1969/1933 Sp. 1) hält es für möglich, daß der Begriff der Beteiligung auch rein kausal verstanden werden könnte.

3) Amtl. Begr. z. OWiG S. 49 Sp. 1; Dreher NJW 1970/221 Sp. 2; Kleinknecht Anm. 1; Rotberg Anm. 3 und Meier, Anm. zu § 9 OWiG; in diesem Punkte unklar Rebmann-Roth-Hermann Anm. 4, 5 und 7 und Göhler, Anm. 1 B zu § 9 OWiG; a.A. Bode S. 34; Cramer NJW 1969/1933 Sp. 2 und Rotberg, Anm. 17 zu § 1 OWiG.

bleibt die Zurechnung der Qualifikation gemäß § 9 Abs. 1 S. 2 OWiG. Damit sind die oben skizzierten überspannten Ahndungsmöglichkeiten ausgeschlossen.

Es fragt sich aber, ob dieser einen Doppelvorsatz erfordernde Begriff der Beteiligung nicht auch Nachteile aufweist. Verursacht jemand vorsätzlich, daß ein anderer das Delikt unvorsätzlich ausführt, so läge nach diesem Beteiligungsbegriff kein Fall der Beteiligung vor. Die vorsätzliche Verursachung unvorsätzlicher Tatausführung ist ein Parade-fall der mittelbaren Täterschaft. Die mittelbare Täterschaft kann im Strafrecht deshalb geahndet werden, weil man die vom unvorsätzlich Handelnden vorgenommene Tatausführungshandlung dem Hintermann als eigene zurechnet. Diese Handlungszurechnung wird auf Grund der herkömmlichen Regelung der Beteiligung mit der Tatherrschaft bzw. dem animus auctoris des mittelbaren Täters begründet. Diese beiden Merkmale sind jedoch angesichts der Einheitstäterlösung keine Täterkriterien mehr; auf die Tatherrschaft bzw. den animus auctoris kann daher die Zurechnung nicht gestützt werden. Die Zurechnung ist bei der Einheitstäterlösung nicht an die Tatherrschaft bzw. an den animus auctoris geknüpft, sondern an das Vorliegen einer "Beteiligung". Da sich der vorsätzliche Verursacher unvorsätzlicher Tatausführung bei dem obigen Begriffsverständnis aber mangels Doppelvorsatzes nicht an der Tatausführung "beteiligt", könnte keine Handlungszurechnung erfolgen. Das hätte zur Folge, daß diese Fälle der bisherigen mittelbaren Täterschaft nicht geahndet werden könnten¹.

Die Dogmengeschichte der mittelbaren Täterschaft lehrt jedoch, daß man diese Fälle nicht straflos ausgehen lassen kann. Man wird daher einen Weg finden müssen, der es erlaubt, auch die vorsätzliche Verursachung unvorsätzlicher Tatausführung zu verfolgen. De lege ferenda gibt es hierfür zwei

1) Auch diejenigen, die für den Begriff der Beteiligung Doppelvorsatz verlangen, wollen den Verursacher unvorsätzlicher Tatausführung erfassen. Wie aber die in solchen Fällen zur Ahndung nötige Handlungszurechnung möglich sein soll, ist nicht ersichtlich und wird auch nirgends dargelegt.

Möglichkeiten: Man kann es zum einen bei dem Beteiligungsbegriff belassen, der Doppelvorsatz erfordert. Dann muß man eine Spezialvorschrift wie den Art. 48 c. p. i. in das Gesetz einfügen, der die vorsätzliche Verursachung unvorsätzlicher Tatausführung trifft. Man kann aber auch den Begriff der Beteiligung so verstehen, daß er die vorsätzliche Verursachung unvorsätzlicher Ausführungshandlung mitumfaßt, so daß diese Fälle der mittelbaren Täterschaft verfolgbar sind. Da das OWiG eine Spezialvorschrift wie den Art. 48 c. p. i. nicht kennt, kommt es darauf an, ob dieser zweite Weg gangbar ist.

3. Die "Beteiligung" als Bezugsbegriff.

Wir wollen mit der unter E I 1 dargestellten Meinung davon ausgehen, daß eine Beteiligung vorsätzliches Handeln erfordert, wollen aber prüfen, ob man entgegen dieser Meinung nicht auch dann von Beteiligung sprechen kann, wenn jemand vorsätzlich zu unvorsätzlicher Tatausführung beiträgt. Eine Erläuterung dafür, daß die vorsätzliche Verursachung unvorsätzlicher Tatausführung keine Beteiligung sei, findet sich eigentlich nur in der Amtlichen Begründung zum OWiG. Danach kann man in derartigen Fällen von einer Beteiligung deshalb nicht sprechen, weil sich der unvorsätzlich handelnde Ausführende nicht an der Vorsatztat des Hintermannes beteilige¹. Nach Auffassung der Amtlichen Begründung verlangt der Begriff der Beteiligung also eine wechselseitige Beziehung zwischen der Handlung des Hintermannes und der des Vordermannes; eine einseitige Beziehung der Handlung des Hintermannes auf die des Vordermannes genügt damit folglich nicht.

Es fragt sich nun, ob ein Fall der Beteiligung vielleicht dann vorliegt, wenn der Vordermann zwar den Deliktsvorsatz hat, von der (vorsätzlichen) Mitwirkung des Hintermannes aber nichts weiß. Daß sich der Vordermann hier an der Handlung des Hintermannes beteiligen würde, wird man kaum sagen

1) S. 49 Sp. 1

können; denn wenn er von der Mitwirkung des Hintermannes nichts weiß, steht er dessen Handlung mindestens ebenso fern, wie wenn er unvorsätzlich handelte. Damit könnte dieser Fall nach der Amtlichen Begründung nicht als ein Fall der Beteiligung angesehen werden. Nach den §§ 47 ff StGB dagegen könnte hier sehr wohl ein Fall der Teilnahme vorliegen, weil es für die Teilnahme nicht erforderlich ist, daß der das Delikt ausführende Täter von der Existenz des Anstifters oder Gehilfen weiß¹. Nun ist es aber einhellig anerkannt - und zwar auch von der Amtlichen Begründung zum OWiG -, daß der Begriff der Beteiligung sämtliche Fälle der Teilnahme i. S. d. Strafrechts umfaßt². Damit aber gibt es Fälle der Beteiligung, in denen sich der Vordermann nicht an der Handlung des Hintermanns beteiligt.

Das führt zu dem Ergebnis, daß der Begriff der Beteiligung entgegen der Auffassung der Amtlichen Begründung zum OWiG keine wechselseitige Beziehung zwischen dem Hintermann und dem Vordermann verlangt. Es genügt vielmehr auch eine einseitige Beziehung. Das wird vor allem deutlich, wenn man sich vor Augen hält, daß der Begriff der Beteiligung - ebenso wie der der Teilnahme - ein Bezugsbegriff ist. Bei der Einheitstäterlösung hat dieser die Aufgabe, das Handeln der Hintermänner in Beziehung zur Ausführung bzw. deren eventuellen Erfolg zu setzen.

Auch dem Gedanken der Urheberchaft, den so viele in der Einheitstäterlösung verwirklicht sehen, wird man nur dann gerecht, wenn es auf den Vorsatz des Ausführenden nicht ankommt. Wenn es aber darauf nicht ankommen darf, darf man für den Begriff der Beteiligung auch nicht Doppelvorsatz verlangen.

-
- 1) BGHSt 6/249 u. 250; Baumann, Strafrecht S. 586; Schöнке-Schröder, Anm. 6 zu § 48 und Anm. 11 a zu § 49; Schmidhäuser, Strafrecht S. 455; Tribunale Torino 5-7-1964, Riv. pen. 1964 II 1360, 1363 Sp. 1 (Isoardi); Ranieri S. 424; Latagliata, I principi S. 275
 - 2) Amtl. Begr. z. OWiG S. 49 Sp. 1; Rebmann-Roth-Hermann Anm. 5; Kleinknecht Anm. 1; Rotberg, Anm. 3 zu § 9 OWiG
 - 3) Wie z.B. Jescheck, Lehrbuch S. 429 und Kienapfel NJW 1970/1828 Sp. 1

Zu diesem einseitigen Begriff der Beteiligung, der sich mit dem Vorsatz des Hintermannes begnügt, werden all diejenigen gelangen, die im Strafrecht eine Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat anerkennen, da der Begriff der Beteiligung anerkanntermaßen sämtliche Fälle der Teilnahme umfaßt. Aber auch für die Gegner dieser Auffassung sollten keine unüberwindlichen Schwierigkeiten bestehen, eine Beteiligung an unvorsätzlicher Ausführungshandlung anzuerkennen. Ihre Argumente gegen die Annahme einer Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat sind auf die Differenzierung zwischen Täterschaft und Teilnahme zugeschnitten und haben daher auf der Basis der Einheitstäterschaft keinen richtigen Ansatzpunkt mehr¹. So wird die Möglichkeit einer Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat - ibs. von den Finalisten - mit dem Argument verneint, daß die Haupttat mangels Vorsatzes des Ausführenden nicht tatbestandsmäßig sei, so daß es an einer die Teilnahme tragenden tatbestandsmäßigen Haupttat fehle. Auf der Grundlage des Einheitstäterbegriffes ist es jedoch ohne Belang, ob die anderen Beteiligten tatbestandsmäßig handeln oder nicht². Vorgetragen wird außerdem, daß der vorsätzliche Verursacher unvorsätzlicher Tatausführung sich nicht dem Ausführenden unterordne, wie es für einen Teilnehmer charakteristisch sei. Auch dieses Merkmal der Unterordnung oder des Anheimstellens der Tat, dessen Ausdruck der bloße animus socii ist, spielt bei der Einheitstäterschaft keine Rolle. Schließlich wird noch geltend gemacht, daß eine Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat zur Auflösung der Tatbestände führe. Auch dieses Argument trifft hier nicht zu; denn die Grenzen der Tatbestandlichkeit sprengt der Einheitstäterbegriff nicht³.

Man wird daher sehr wohl neben der vorsätzlichen Verursachung vorsätzlicher Tatausführung auch die vorsätzliche Verursachung unvorsätzlicher Ausführung als einen Fall der

1) So auch Cramer NJW 1969/1933 Sp. 2

2) Vgl. oben B VI

3) Vgl. dazu unten F I

Beteiligung ansprechen können. Der so verstandene Begriff der Beteiligung schließt einerseits die Haftung von Extranei wegen fahrlässiger Sonderdelikte aus, ermöglicht aber andererseits die Ahndung sämtlicher Fälle der mittelbaren Täterschaft, beides sehr erwünschte Ergebnisse. Nicht zuletzt deswegen ist es dieser Begriff der Beteiligung, den der Verfasser dem OWiG und der weiteren Untersuchung zugrunde legen möchte. Er befindet sich dabei in Übereinstimmung mit einem Teil der Literatur zum neuen OWiG¹.

II. Vermag die Einheitstäterlösung die derzeitigen Strafrechtslücken zu schließen?

Unter A I wurde eine Reihe von Fallgruppen vorgetragen, bei denen die traditionelle Regelung der Beteiligung, die zwischen Täterschaft und Teilnahme unterscheidet, vielfach keine der Strafwürdigkeit entsprechende Ahndung erlaubt. Diese Lückenhaftigkeit der herkömmlichen Regelung war schon immer einer der Gründe, die zum Ruf nach dem Einheitstäterbegriff führten². Im folgenden wird deshalb geprüft, ob die Einheitstäterlösung diese Lücken tatsächlich zu schließen vermag. Des Zusammenhangs wegen wird dort, wo sich Anhaltspunkte dafür ergeben, auch gleich untersucht, ob die Einheitstäterlösung nicht vielleicht manchmal sogar zu einem Zuviel an Strafbarkeit führt bzw. Lücken aufreißt, die es bislang nicht gab. Die Prüfung beginnt mit den Fallgruppen A I 1, bei denen der Hintermann alle taterheblichen Umstände kennt, also keinen Irrtümern hierüber unterliegt.

1. Bestehen noch Lücken, wenn der Ausführende unvorsätzlich handelt,

a) der Hintermann aber nicht die strafbegründende Sondereigenschaft besitzt (Fall A I 1 a aa)?

1) Bode S. 34; Rotberg, Anm. 17 zu § 1; Cramer NJW 1969/1933 Sp. 2

2) v. Dohnanyi S. 99; Pannain S. 858; Nowakowski ÖJZ 1955/550 Sp. 2; Jescheck SchwZStr 1956/227 m.w.Nachw. in der dortigen Anm. 4

In dem obigen Beispielsfall des § 142 war der arglistig handelnde Hintermann für die traditionelle Regelung deshalb nicht zu fassen, weil eine Anstiftung am mangelnden Vorsatz des Ausführenden, mittelbare Täterschaft des Hintermanns aber an seiner fehlenden Täterqualifikation scheiterte. Auf Grund der Vorschriften über die Einheitstäterschaft¹ können dem Hintermann jedoch die Ausführungshandlung und die Qualifikation des getäuschten Vordermannes zugerechnet werden. Da der Hintermann Vorsatz hatte, kann er der Strafbarkeit entsprechend verfolgt werden.

b) der Hintermann jedoch nicht die strafbegründende Unrechtsabsicht hat (Fall A I 1 a bb)?

Hier gibt es keine Lücken, da dem Hintermann Ausführungshandlung und subjektives Unrechtselement zugerechnet werden. Damit ist sein Verhalten ohne weiteres unter den Tatbestand subsumierbar.

c) das Delikt aber nur eigenhändig begehbar ist (Fall A I 1 a cc)?

Auch die in A I 1 a cc genannten Beispielsfälle des § 176 Abs. 1 Nr. 2 bzw. des § 2 Abs. 2 S. 1 StVO i. V. m. § 24 StVG können geahndet werden. Den Tatvorsatz hat der Hintermann ohnehin; die Ausführungshandlung wird ihm zugerechnet.

d) der Hintermann aber nicht die Tatherrschaft bzw. den animus auctoris hat (Fall A I 1 a dd)?

Nach der Einheitstäterlösung bedarf es zur Täterschaft des Hintermannes keiner Tatherrschaft und keines animus auctoris. Die Zurechnung der Ausführungshandlung erfolgt jedoch nur dann, wenn das Tun des Hintermannes für die Tatausführung kausal war. Im Falle der Kausalität seines Tuns ist der Hintermann daher nach §§ 211 ff strafbar, ansonsten nicht.

1) Dabei ist hier und im folgenden der unter E I 3 entwickelte Begriff der "Beteiligung" zugrunde gelegt. Daß die Einheitstäterlösung die Veranlassung unvorsätzlichen Sonderdelikts erfaßt, ist auch die Auffassung von Gallas (Mat. I S. 145) und H. Mayer (Rittler-Festschrift S. 266). Das ist ein weiteres Indiz dafür, daß der obige Beteiligungsbegriff der richtige ist.

Dieses Ergebnis entspricht genau der Strafwürdigkeit; die Handlung des Hintermannes ist nämlich nur dann strafwürdig, wenn sie kausal für den Tod des X war¹.

e) Wie ist es, wenn der Ausführende unvorsätzlich handelt, der Hintermann aber die strafbegründende Qualifikation hat (Fall A I 1 a ee)?

Auch in diesem Falle erlauben die Vorschriften über die Einheitstäterschaft die der Strafwürdigkeit entsprechende Ahndung, weil dem qualifizierten Hintermann die vom Ausführenden verwirklichte Ausführungshandlung zugerechnet wird. Hier kommt man also ohne die dubiosen Begründungen aus, welche die traditionelle Regelung benötigt, um zu diesem Ergebnis zu gelangen.

2. Bestehen noch Lücken, wenn nur der Hintermann den strafbegründenden unbedingten Vorsatz hat (Fall A I 1 b)?

Dem Hintermann wird die von ihm verursachte Ausführungshandlung zugerechnet. Da er den tatbestandlichen Dolus hat, steht seiner Bestrafung nichts im Wege. Lücken kann es daher nicht geben.

3. Bestehen noch Lücken, wenn der Täter i. S. d. herkömmlichen Regelung rechtmäßig handelt (Fälle A I 1 c)?

Nach dem Einheitstäterbegriff wird die Rechtswidrigkeit für jeden Beteiligten (Täter) getrennt geprüft². Es entgeht deshalb niemand nur deshalb der gerechten Strafe, weil ein anderer Beteiligter - der Täter i.S.d. traditionellen Regelung - rechtmäßig gehandelt hat.

4. Delikte mit besonderen Tätermerkmalen, bei denen der Intraneus schuldlos handelt (Fall A I 1 d aa)?

Die Einheitstäterlösung führt dazu, daß dem extranen Hintermann die Ausführungshandlung und die Qualifikation

1) Vgl. oben A I 1 a dd (S.14) und die dortige Anm.1

2) Vgl. oben B VI, ibs. S.85/86

des beteiligten Intraneus zugerechnet werden. Daß der Intraneus schuldlos handelt, kann nach der Einheitstäterlösung nichts an der Verantwortlichkeit des Hintermannes ändern¹. Im Gegensatz zur traditionellen Regelung (A I 1 d bb) ergibt sich dieses Resultat ganz zwanglos und bedarf keiner fragwürdigen Begründung.

5. Delikte mit mehreren besonderen Tätermerkmalen (Fälle A I 1 e).

Da diese Fallgruppe - wie oben² gezeigt wurde - keine strafwürdigen Fälle aufweist, können auch keine Lücken auftreten.

Es besteht daher allenfalls die Gefahr, daß die verstreut bei verschiedenen Beteiligten vorliegenden besonderen Merkmale wechselseitig zugerechnet werden, so daß alle Mitwirkenden strafrechtlich erfaßt wären. Um diese Möglichkeit auszuschließen, sind die Vorschriften über die Einheitstäterschaft so zu formulieren, daß eine Zurechnung dieser Merkmale nur dann erfolgt, wenn mindestens einer der Beteiligten *s ä m t l i c h e* dieser Merkmale besitzt. Damit kann man die Gefahr der Ahndung nicht strafwürdiger Fälle bannen.

6. Bestehen noch Lücken bei Delikten mit strafbegründenden Gesinnungsmerkmalen (Fälle A I 1 f)?

Wenn strafbegründende Gesinnungsmerkmale subjektive Unrechtselemente sind³, so werden sie nach den Vorschriften über die Einheitstäterschaft - wie etwa § 9 Abs. 1 S. 2 OWiG - allen Beteiligten zugerechnet. Bei dieser Einstufung der Gesinnungsmerkmale können daher sämtliche Beteiligte bestraft werden. Die Gefahr von Strafbarkeitslücken - wie sie v. Dohnanyi⁴ zu sehen glaubt - besteht daher nicht.

Sind die strafbegründenden Gesinnungsmerkmale dagegen Schuldmerkmale, so handelt nach dem Grundsatz, daß jeder Beteilig-

1) Vgl. oben B VI

2) Vgl. oben A I 1 e

3) Vgl. oben S.27 Anm.6 und S. 28 Anm. 1

4) S. 112

te nur nach seiner Schuld strafbar sein soll¹, nur derjenige strafwürdig, der die Gesinnung in eigener Person aufweist. Es gilt daher dafür Sorge zu treffen, daß eine Zurechnung strafbegründender Gesinnungs-schuldmerkmale unterbleibt. Vorbildlich ist hier der öE 68, der die Zurechnung nur für strafbegründende persönliche Merkmale anordnet, die das Unrecht der Tat betreffen, während er sie für besondere persönliche Merkmale, die nur die Schuld betreffen, ausdrücklich ausschließt (§ 13 Abs. 1 und 2). In § 9 Abs. 1 S. 2 OWiG dagegen wird die Zurechnung nicht expressis verbis auf unrechtserhebliche besondere persönliche Merkmale beschränkt. Im Zusammenhang mit § 9 Abs. 3 S. 1 OWiG dürfte sich jedoch ergeben, daß auch besondere persönliche Merkmale, die nur die Schuld berühren, trotz § 9 Abs. 1 S. 2 OWiG stets streng persönlich wirken. Auch hier wird man daher eine materiell nicht gerechtfertigte Ahndung vermeiden können.

7. Bestehen noch Lücken bei den Unterlassungsdelikten (Fälle A I 1 g)?

Hier geht es um die Fälle, in denen jemand vorsätzlich verursacht, daß ein Dritter die ihm gebotene Handlung nicht vornimmt². Bei einem Teil dieser Fälle wird der Verursacher als Täter des hinter dem Unterlassungsdelikte stehenden Begehungsdelikts bestraft. Hält z. B. bei einem Unglücksfall jemand einen Hilswilligen von der Rettung eines Menschen ab, so haftet er nach der Einheitstäterlösung als Täter eines Tötungsdeliktes³. Außerdem ist denkbar, daß man den Hintermann als unmittelbaren Täter des Unterlassungsdeliktes verantwortlich machen kann, und zwar dann,

1) § 50 Abs. 1 StGB; § 29 des 2. StrRG; § 12 öE 68

2) Erwähnt sei auch die Beteiligung am Begehungsdelikt durch Unterlassen. Hierher gehört etwa der Fall, daß ein Nachtwächter tatenlos zusieht, wie aus den unter seiner Aufsicht stehenden Lagerhallen gestohlen wird. In derartigen Fällen ist jeder strafbar, der die Tat pflichtwidrig zu verhindern unterläßt (v. Cramer StrAbh. 354/106 und 107; vgl. auch Gallas Mat. I S. 143 Anm. 62).

3) v. Cramer StrAbh. 354/107; letztlich auch Bolwien S. 28

wenn er selbst handlungspflichtig war und die fragliche Handlung unterlassen hat. Fehlt es auch hier an den Voraussetzungen, so ist zu fragen, ob man den Hintermann nicht wenigstens wegen Beteiligung am Unterlassungsdelikt fassen kann. Als Lückenfälle bleiben daher all die Fälle übrig, bei denen trotz Strafwürdigkeit sämtliche dieser Ahndungsmöglichkeiten versagen.

Das herkömmliche System, das zwischen Täterschaft und Teilnahme unterscheidet, weist nun vor allem dort Lücken auf, wo der nicht handlungspflichtige Hintermann H dem Handlungspflichtigen die Handlungsfähigkeit nimmt, so daß dessen Untätigkeit keine Unterlassung darstellt¹. Es fragt sich daher, ob die Einheitstäterlösung diese Lücken zu schließen vermag.

Hierbei ist zunächst zu bemerken, daß der Hintermann H, der dem Handlungspflichtigen die Handlungsfähigkeit nimmt, in jedem Falle eine Unterlassung begeht. Auch wenn er selbst nicht handlungsfähig sein sollte - etwa mangels Kenntnissen oder Fertigkeiten -, so hätte er die gebotene Handlung doch unter Einschaltung des Handlungspflichtigen vornehmen können. Diese mittelbare Handlungsfähigkeit reicht aus; für die Annahme einer Unterlassung ist es nämlich nicht erforderlich, daß man die gebotene Handlung mit eigener Hand vorzunehmen in der Lage ist².

Da der nicht handlungspflichtige Hintermann H also stets eine Unterlassung begeht, hängt eine seiner Strafwürdigkeit entsprechende Bestrafung nur noch davon ab, ob ihm die Qualifikation des Handlungspflichtigen zugerechnet werden kann. Das ist nach den Vorschriften über die Einheitstäterschaft nur dann möglich, wenn ein Fall der Beteiligung vorliegt. Nun ist aber zu beachten, daß der Handlungspflichtige unter der Einwirkung des H keine Unterlassung begeht, sondern schlicht untätig bleibt. Wenn demnach eine Beteiligung vorliegen soll, so müßte das eine Beteiligung am schlichten Nichthandeln sein. Das schlichte Nichthandeln, das kein Unterlassen darstellt, ist jedoch ein juristisches Nullum. Wer also hier einen Fall der Be-

1) Vgl. oben A I 1 g aa, bb und cc

2) Vgl. ibs. Schönke-Schröder Anm. 83 vor § 1 und 18 zu § 330 c

teiligung annehmen wollte, müßte die Möglichkeit der Beteiligung an einem derartigen Nullum anerkennen. Das erscheint nicht möglich.

Ein Paradefall bei den Begehungsdelikten bestätigt dieses Ergebnis. Auch hier gibt es den Fall, daß ein Hintermann die Nicht-handlung eines anderen verursacht, den Fall nämlich, daß jemand einen anderen durch vis absoluta zu einer Körperbewegung zwingt, die die äußeren Merkmale eines Delikts herstellt. Nehmen wir ein Beispiel des § 303, in dem jemand einen ahnungslosen Passanten in eine Schau- fensterscheibe stößt. In diesem Falle gilt der Hintermann nicht als mittelbarer, sondern als unmittelbarer Täter der Sachbeschädigung¹. Das bedeutet, daß das "Verhalten" des Gezwungenen, das ein Nicht-handeln ist, von vornherein als ein Verhalten des Hintermannes angesehen wird. Die für die mittelbare Täterschaft charakteristische Zurechnung findet nicht statt; eine Beteiligung zwischen dem Nicht- handelnden und dem Hintermann liegt nicht vor.

Wenn es also keine Beteiligung an Verhaltensweisen gibt, die nicht Handlungen (i. w. S.) darstellen, dann vermag auch die Einheitstäterlösung diejenigen, die ein bloßes Untätigsein handlungspflichtiger Personen verursachen, nicht zu erfassen. Wegen Beteiligung am Unterlassungs- delikt kann daher nur derjenige bestraft werden, der vor- sätzlich die U n t e r l a s s u n g eines Handlungs- pflichtigen bewirkt. Damit sind die Grundlagen für die Erörterung der unter A I 1 g aufgeführten Lückenfälle ge- legt.

a) Wer vorsätzlich verursacht, daß der Handlungspflichtige das Vorliegen der tatbestandsmäßigen Situation nicht er- kennt (Fall A I 1 g aa), bleibt auch auf Grund der Ein- heitstäterlösung straflos, weil es nach h. L.² mangels

1) In Deutschland allg. M.: Jescheck, Lehrbuch S. 457; Baumann, Strafrecht S. 574

2) Welzel, Strafrecht S. 201; Kaufmann, Unterlassungsdelikte S. 41; H. Mayer, Strafrecht 1967 S. 75 Anm. 3; v. Liszt- Schmidt S. 170; a.A.: Baumann, Strafrecht S. 186 und Schönke-Schröder, Anm. 84 und 90 vor § 1.

einer solchen Kenntnis an einer Unterlassung des Handlungspflichtigen fehlt. Wer also im Falle des § 27 Abs. 2 Nr. 1 GeschlKG dem meldepflichtigen Arzt arglistig glauben macht, die vom Gesetz geforderte Meldung sei bereits erstattet, so daß dieser untätig bleibt, kann nicht verfolgt werden.

b) Wer dem Handlungspflichtigen die gebotene Handlung physisch unmöglich macht (Fall A I 1 g bb), kann nicht wegen Beteiligung am Unterlassungsdelikt belangt werden, da ohne die physische Handlungsfähigkeit keine Unterlassung des Handlungspflichtigen vorliegt¹.

c) Auch wer bewirkt, daß der Handlungspflichtige keinen Weg zur Realisierung der vorgeschriebenen Handlung erkennen kann (Fall A I 1 g cc), kann nicht als Beteiligter erfaßt werden, weil es mangels psychischer Handlungsfähigkeit an einem Unterlassen des Handlungspflichtigen fehlt².

d) Eine Ahndung ist dagegen möglich, wenn jemand den Handlungspflichtigen dazu veranlaßt, einen falschen Weg zur Realisierung der gebotenen Handlung einzuschlagen (Fall A I 1 g dd). Sobald nämlich der Handlungspflichtige den richtigen, zur Realisierung des Handlungsgebotes führenden Weg erkennen kann, liegt eine Unterlassung vor; damit setzt die Zurechnung ein.

Die Vornahme einer auf Erfüllung des Gebots abzielenden, letztlich aber falschen Handlung wirkt nur tatbestandsausschließend³. Die Verfolgung der Beteiligten wird jedoch - wie oben unter B VI erörtert wurde - nicht dadurch ausgeschlossen, daß einer von ihnen tatbestandslos handelte.

e) Auch wer dem Handlungspflichtigen arglistig eine Situation bereitet, in der dieser die gebotene Handlung hintanstellt,

1) Nachweise oben S. 35 Anm. 1

2) Nachweise oben S. 35 Anm. 2

3) Nachweise siehe oben S. 36 Anm. 1

um höherrangigen Pflichten nachzukommen (Fall A I 1 g ee), kann wegen Beteiligung am Unterlassungsdelikt verantwortlich gemacht werden. Die Entscheidung für das höherrangige Handlungsgebot ändert nichts daran, daß die andere Handlung unterlassen ist. Die Unterlassung ist lediglich gerechtfertigt. Diese Rechtfertigung kommt dem Hintermann jedoch nicht zugute, denn bei der Einheitstäterlösung wird die Rechtfertigung für jeden Beteiligten getrennt geprüft.

Fordert man für ein Unterlassen gemäß h. L. Situationskenntnis, physische und psychische Handlungsfähigkeit des Handlungspflichtigen, so läßt auch die Einheitstäterlösung den überwiegenden Teil der bisherigen Lückenfälle offen. Darunter ist auch der praktisch wichtigste Fall, bei dem der Hintermann verhindert, daß der Handlungspflichtige das Vorliegen der tatbestandsmäßigen Situation erkennt (Fall A I 1 g aa).

8. Gibt es Lücken, wenn der Hintermann über die Umstände irrt, welche die Strafbarkeit des Ausführenden berühren (Fallgruppe A I 2)?

Es sind dies die Fälle, in denen der Hintermann falsche Vorstellungen darüber hat, ob der Ausführende vorsätzlich oder unvorsätzlich, rechtswidrig oder rechtmäßig, schuldhaft oder schuldlos, mit dem strafbegründenden besonderen Merkmal oder ohne ein solches handelt. Das Differenzierungssystem hatte hierbei mit Schwierigkeiten zu kämpfen. Zum Teil traten Strafrechtslücken auf, zum Teil wurden solche Lücken nur mit Hilfe mehr oder weniger überzeugender Konstruktionen vermieden. Es fragt sich daher, wie diese Fälle auf Grund der Einheitstäterlösung gelöst werden können. Eine "Beteiligung" verlangt - wie oben unter D I 3 dargestellt wurde -, daß der Hintermann vorsätzlich zur Ausführung beigetragen haben muß; dabei ist ohne Belang, ob der Ausführende selbst vorsätzlich oder unvorsätzlich gehandelt hat. Die obigen Irrtümer sind somit allesamt nicht geeignet, das Vorliegen einer Beteiligung des Hintermanns

in Frage zu stellen. Es ist daher in all diesen Fällen möglich, dem Hintermann die Ausführungshandlung zuzurechnen. Damit aber läßt sich das Verhalten des Hintermannes unbedenklich unter den jeweiligen Tatbestand subsumieren. Da die Frage der Rechtswidrigkeit und der Schuld bei der Einheitstäterlösung ohnehin für jeden Beteiligten getrennt geprüft wird, ist in allen Fällen von A I 2 eine der Strafwürdigkeit entsprechende Ahndung der Handlung des Hintermanns gewährleistet, ohne daß dazu zweifelhafte Konstruktionen erforderlich wären.

III. Führt die Einheitstäterlösung zu neuen Strafrechts- lücken?

Bereits oben¹ haben wir eine Fallgruppe geprüft, bei der die Einheitstäterlösung angeblich Strafrechtslücken aufreißt. Es waren dies die Delikte mit strafbegründenden Gesinnungsmerkmalen. Bei diesen Delikten ist die Furcht vor Lücken zwar unbegründet; es bleibt aber zu untersuchen, ob sie nicht in anderen Fällen zu Lücken führt, die der herkömmlichen Regelung der Beteiligung unbekannt sind.

1. Die sog. nichtkausale Beihilfe

Nach dem Einheitstäterbegriff kann nur der Täter sein, dessen Handlung kausal für den tatbestandlichen Erfolg ist; wer die Ausführungshandlung nicht mit eigener Hand setzt, muß die Ausführungshandlung zumindest verursacht haben. Da es der "nichtkausalen" Beihilfe an eben dieser Kausalität fehlt, ist sie bei Zugrundelegung des Einheitstäterbegriffes kein Fall der Täterschaft und kann deshalb

1) Vgl. E II 6

nicht geahndet werden¹. In der Rspr. unserer Gerichte wird es jedoch für die Beihilfe meist nicht für erforderlich gehalten, "daß der Erfolg der Haupttat durch die Gehilfentätigkeit ursächlich mitbewirkt, gefördert oder erleichtert wird"². Der Bericht über die Arbeit der Amtlichen Strafrechtskommission befürchtet daher, daß die Einheitstäterlösung bei der nichtkausalen Beihilfe zu einer Einschränkung der Strafbarkeit gegenüber dem bisherigen Rechtszustand führe³.

Im Gegensatz zur Rspr. erklärt die Lehre die nichtkausale Beihilfe fast ausnahmslos für nicht strafbar⁴. Sie verweist darauf, daß eine nichtkausale Beihilfe eben nur der Versuch einer Beihilfe sei. Der Versuch einer Beihilfe werde von § 49a aber nicht erfaßt. Gerade deshalb habe sich die VO vom 29. 5. 1943 veranlaßt gesehen, den damaligen § 49 a Abs. 3 einzuführen, um die versuchte Beihilfe (zu Verbrechen) zu pönalisieren. Die Beseitigung dieser Vorschrift durch das Gesetz vom 4. 8. 1953 zeige, daß der Gesetzgeber diese

-
- 1) v. Dohnanyi S. 111. In Frage käme allenfalls eine Bestrafung wegen Versuchs (dazu vgl. unten E IV).
 - 2) RGSt 58/113, 114; ebenso BGH NJW 1972/ und VRS 8 (1955)/199, 201; anders jedoch BGHSt 14/280, 282 (weitere Nachweise bei Jescheck, Lehrbuch S. 460). Wie die überwiegende deutsche Rspr. auch die österreichische Rspr. (KH 2694). Kausalität fordern dagegen der italienische Kassationsgerichtshof und das schweizerische Bundesgericht: Cass. 8-3-1966, Cass.pen. 1967/225 (La Bella); Cass. 1-12-1965, Cass.pen. 1966/998 (Capobianchi) und BGE 70 IV 19.
 - 3) v. Dohnanyi S. 111
 - 4) Gallas, Mat. I S. 143 Anm. 63; Bockelmann, Deutsche Beiträge S. 47; Mezger in Leipz. Komm., Anm. 2 zu § 49; ferner Baumann, Blei, Dreher, Frank, Lackner-Maassen, Lange, Olshausen, Schröder und Welzel (zit. bei Jescheck, Lehrbuch S. 460 Anm. 26).

Erweiterung der Strafbarkeit ablehne und die nichtkausale Beihilfe straflos wissen wolle. Im übrigen wird herausgestellt, daß die auf die Kausalität verzichtende Rspr. mit ihren eigenen Thesen in Widerspruch gerate, wonach der Strafgrund der Teilnahme - also auch der Beihilfe - gerade in der Verursachung des Delikts zu suchen sei.

Es wird jedoch mehr und mehr erkannt, daß die Differenzen zwischen Rspr. und Lehre eigentlich mehr terminologischer denn sachlicher Natur sind. So hat die Rspr. immer verlangt, daß die Beihilfe die Haupttat tatsächlich gefördert haben müsse¹. In Fällen, in denen die Hilfe den Täter nie erreicht hat oder von diesem sofort zurückgewiesen wurde, hat auch die Rspr. niemals vollendete Beihilfe angenommen. Soweit die Rspr. auf Kausalität verzichtet, so deshalb, weil sie zwecks Feststellung der Kausalität fragt, ob der Erfolg überhaupt ausgeblieben wäre, wenn der Gehilfe nicht tätig geworden wäre. Die Lehre verwendet diese *conditio-sine-qua-non*-Formel präziser. Sie prüft, ob die Straftat ohne das Eingreifen des Gehilfen ebenso abgelaufen wäre, wie sie in *c o n c r e t o* abgelaufen ist. Jede, auch die geringste Beeinflussung des Geschehensablaufes durch den Gehilfen begründet danach Kausalität. Wenn man sich so

1) Siehe die in Anm. 1 zitierte Rspr.

fragt, wären die von der Rspr. bestraften Fälle der "nicht-kausalen" Beihilfe praktisch alle Fälle kausaler Beihilfe¹.

Aber auch bei der Einheitstäterschaft wird Kausalität nicht erst dann angenommen, wenn das Delikt ohne die fragliche Tätigkeit überhaupt nicht ausgeführt worden wäre. Auch hier genügt zur Annahme der Kausalität die Ursächlichkeit für irgendein Detail des Geschehensablaufes². Es ist daher kaum zu befürchten, daß die Einheitstäterschaft irgendwelche bisher als Beihilfe bestraften Fälle nicht mehr zu erfassen vermöchte.

2. Delikte, deren Erfolge man als Alleintäter straflos herbeiführen darf.

a) Ausgangspunkt der Überlegungen sei folgender Fall des § 257: Gegen A, der ein Delikt verübt hat, laufen polizeiliche Ermittlungen. A streitet die Tat jedoch ab und behauptet, zur fraglichen Zeit bei B gewesen zu sein. Als die Polizei den B zur Überprüfung dieses Alibis vorlädt, bittet A den B, seine Angaben zu bestätigen. B tut das.

Es bedarf keiner näheren Erörterungen, daß B wegen persönlicher Begünstigung zu bestrafen ist. Da ihn A zu dieser "mit Strafe bedrohten Handlung ... vorsätzlich bestimmt hat" (§ 48), haftet er nach geltendem Recht - jedenfalls so wie es die Rspr. auslegt³ - wegen Anstiftung zur Begünstigung.

Würde man dem Fall die Einheitstäterlösung zugrunde legen, müßte das Ergebnis anders ausfallen. Aus dem Begriff des "Beistandleistens" in § 257 ergibt sich, daß die Selbstbegünstigung tatbestandslos ist⁴. Wer sich selbst begünstigt, kann daher den Tatbestand des § 257 nicht verwirklichen.

1) Mezger, Strafrecht 1949 S. 413 und Bockelmann DR 1941/988

2) Amtl. Begr. z. öE 68 S. 80 Sp. 1

3) BGHSt 17/236; ferner Müller GA 1958/340; ebenso die österreichische Rspr.: SST XIII Nr. 67

4) Schönke-Schröder, Anm. 44 zu § 257 mit Nachweisen der Rspr.

A würde zwar wegen seiner Beteiligung an der Falschaussage des B diese Handlung zugerechnet. Da er aber als Tatbestandsverwirklicher von Gesetzes wegen ausgeschlossen ist, kann er nicht Täter sein und müßte daher straflos ausgehen¹. Die Einheitstäterlösung würde demnach in diesen Fällen den Bereich des Strafbaren gegenüber der bisherigen Praxis einschränken.

Diese Einschränkung der Strafbarkeit würde jedoch nur dann Strafrechtslücken aufreißen, wenn Fälle der obigen Art strafwürdig wären. Die h. M. will A schon nach geltendem Recht straffrei lassen². Und de lege ferenda wird die Strafwürdigkeit derartiger Fälle allgemein verneint³.

b) Dieselben Überlegungen gelten auch für die Fälle, in denen der Vortäter einen anderen dazu anstiftet oder unterstützt, ihn sachlich zu begünstigen. Auch diese von der Rspr.⁴ bestrafte Teilnahme würde auf der Grundlage der Einheitstäterlösung nicht bestraft werden können. Aber auch hier fragt sich, ob überhaupt ein derartiges Strafbedürfnis besteht. Die h. M. lehnt eine Bestrafung bereits de lege lata ab⁵. Der E 62 befürwortet dagegen eine Bestrafung in gewissen Fällen, und zwar dort, wo der Vortäter Personen anstiftet, die an der Vortat nicht mitgewirkt haben (§ 289 Abs. 3 S. 2). Dies wird damit begründet, daß durch eine solche Tat bislang Unbeteiligte in das straf-

1) Nowakowski, Strafrecht S. 104 und v. Cramer StrAbh. 354/112. Zur Straflosigkeit dieser Fälle bedarf es daher keiner besonderen Bestimmung, wie die den Einheitstäterbegriff fordernde Preußische Denkschrift offenbar glaubt (S. 130/131).

2) Dreher Anm. 3 B b zu § 257; Mezger-Blei BT S. 289; Lüderssen S. 172; Welzel, Strafrecht S. 520; Rittler BT S. 465; Maurach BT S. 672 m.w.Nachw.

3) § 447 Abs. 5 E 62 und Amtl. Begr. S. 632 Sp. 1; § 320 Abs. 2 öE 68; Art. 378 Abs. 1 c. p. i.

4) RGSt 60/346; Müller GA 1958/334; Maurach BT S. 735

5) Welzel, Strafrecht S. 395; Leipz. Komm. Anm. 2 d; Frank Anm. IV 3; Lackner-Maassen, Anm. 5 c zu § 257 m.w.Nachw. (Schröder, Gribbohm, Deubner).

bare Geschehen hineingezogen werden¹. Der anstiftende Vortäter wird also bestraft, weil er bisher unbeteiligte Dritte in Unrecht verstrickt hat. Strafgrund der Teilnahme ist somit eigentlich der Angriff auf die soziale Integrität dieser Personen. Gegen eine solche Unrechtsteilnahmetheorie gelten all die Einwände, die gegen die Schuldteilnahmetheorie vorzubringen sind. Wenn man diesen Gedankengängen folgen würde, müßte man eigentlich auch das Handeln des agent provocateurs für strafwürdig erachten ebenso wie das Tun des Bewucherten, der seinen Geldgeber zur Gewährung eines wucherischen Darlehens (§ 302 a) bestimmt hat. Auch diese Anstifter verstricken Dritte in Unrecht. Der Verfasser meint daher, daß der E 1960 (§ 289 Abs. 3) gut beraten war, die Teilnahme des Vortäters an der sachlichen Begünstigung seiner selbst generell für straflos zu erklären. Auch Art. 379 c. p. i., der öE 68² und die Preußische Denkschrift³ lassen diese Fälle straflos.

c) Ähnliche Probleme ergeben sich bei der Kuppelei. Es ist allgemein anerkannt, daß nur die Förderung fremder Unzucht den Tatbestand der §§ 180 ff erfüllt. Wer nur seiner eigenen Unzucht Vorschub leistet, kommt daher als Täter eines Kuppeleideliktes nicht in Betracht. Das hindert die Rspr. jedoch nicht daran, die verkuppelten Personen wegen Teilnahme zu bestrafen, wenn sie Dritte dazu veranlassen, sie selbst zu verkuppeln⁴. Auf Grund der Einheitstäterlösung würden auch diese Fälle straflos ausgehen. Die h. M. befürwortet dieses Ergebnis bereits de lege lata⁵. Der E 62

1) Amtl. Begr. S. 461 Sp. 1

2) Amtl. Begr. zu § 184 (S. 320 Sp. 2)

3) S. 131/132

4) BGHSt 15/377 und 10/386; Maurach BT S. 437; Leipz. Komm. Anm. 8 zu § 180

5) Welzel, Strafrecht S. 444; Lackner-Maassen Anm. 4 c; Schönke-Schröder Anm. 25 zu § 180 m.v.Nachw. (Bindokat, Bohne, Frank, Lange, Olshausen, Dreher)

(§ 227 a S. 2) sieht im Gegensatz zu § 226 Abs. 4 E 1960 immerhin noch in gewissen Fällen eine Bestrafung vor. Der Alternativentwurf will dagegen das Ergebnis des E 1960 wiederherstellen und sämtliche Fälle der Teilnahme verkuppelter Personen straflos lassen¹. In Österreich entspricht dieser Zustand bereits geltendem Recht². In Italien gibt es nicht einmal Vorschriften gegen die Kuppelei³. Angesichts dieser Lage wird man kaum sagen können, die materielle Gerechtigkeit fordere gebieterisch, daß die Teilnahme der verkuppelten Personen strafbar sein müsse.

d) Erwähnt seien ferner noch die Fälle, in denen ein Gefangener Dritte anstiftet oder unterstützt, ihn zu befreien. Da ein Gefangener untauglicher Täter seiner eigenen Befreiung ist, müßten auch diese Fälle angesichts der Einheitstäterlösung straflos ausgehen. Die Rspr. straft jedoch auf Grund des geltenden Rechts wegen Teilnahme an einer Gefangenenbefreiung⁴. Dieses Ergebnis wird von der Amtlichen Begründung zum E 62 - allerdings ohne nähere Ausführungen - gebilligt⁵. Letztlich wird dieses Resultat wohl wieder auf dem Gedanken der Unrechtsteilnahme beruhen. Dagegen ist schon oben unter b das Erforderliche gesagt worden. Die h. M. spricht sich denn auch gegen eine derartige Strafbarkeit aus⁶. Auch der öE 68 und die Preußische Denkschrift halten die Teilnahme des Gefangenen an seiner eigenen Be-

1) AE, BT-Sexualdelikte S. 51

2) Rspr. (SSt XXXIII Nr. 9 und KH 2037); Rittler BT S. 315

3) Nur gegen die Prostitution: Gesetz vom 20.2.1958, Nr. 75; früher Art. 531 ff c. p. i.

4) BGHSt 17/376 und schon RGSt 3/140; ebenso die österreichische Rspr.: SSt V 86 und KH 1472; zweifelnd Dreher, Anm. 2 C zu § 120

5) S. 611 Sp. 2

6) Schönke-Schröder Anm. 12; Lackner-Maassen Anm. 4; Kohlrausch-Lange Anm. IV vor § 47; Welzel, Strafrecht S. 508; Lüderssen S. 176; Mezger-Blei BT S. 303; Rittler BT S. 468; Maurach BT S. 616/617 m.w.Nachw. (Deubner, Binding, Eb. Schmidt, Gerland)

freierung nicht für strafwürdig¹. Die Strafwürdigkeit dieser Fälle kann daher als zumindest sehr zweifelhaft gelten.

e) Die Untersuchung zeigt, daß die Beteiligung an Delikten, die der Beteiligte als Alleintäter straflos begehen dürfte, in keinem der unter a bis d gebrachten Fallgruppen² eindeutig strafwürdig ist. Die Tendenz geht vielmehr deutlich dahin, eine solche Strafwürdigkeit zu verneinen. Wenn also die Einheitstäterlösung diese Fälle ungeahndet läßt, so dürften sich daraus wohl kaum Strafrechtslücken ergeben.

Abschließend sei noch auf folgenden Gesichtspunkt hingewiesen: Wenn man dem Einheitstäterbegriff folgt, dann bleiben diese Fälle der Beteiligung schon vom Tatbestand her straflos. Nach dem herkömmlichen System dagegen sind sie formal erfaßt; sie fallen sehr wohl unter den Wortlaut der Vorschriften über die Anstiftung und Beihilfe. Es bedarf erst mancherlei Überlegungen und Konstruktionen, um zur Straflosigkeit zu gelangen. Von der Selektionsfunktion der Tatbestände her gesehen gebührt daher der Einheitstäterlösung der Vorzug.

IV. Führt eine konsequente Einheitstäterlösung zu einer unerträglichen Ausweitung der Versuchsstrafbarkeit?

1. Im folgenden wird ein weit verbreiteter Einwand gegen den Einheitstäterbegriff abgehandelt, dem auch bei der Strafrechtsreform großes Gewicht beigemessen wurde. Vielfach wird nämlich die Auffassung vertreten, daß die Einheitstäterlösung - konsequent durchgeführt - die Strafbarkeit wegen Versuches weit über den Rahmen des Strafwürdigen

1) § 321 Abs. 2 StGB 68 und Amtl. Begr. S. 492 Sp. 1; Preußische Denkschrift S. 131/132. Das italienische Strafrecht ist in diesem Zusammenhang ohne Vergleichswert, da es sogar die eigenhändige Selbstbefreiung ahndet (Art. 385 c. p. i.).

2) Weitere derartige Fälle etwa bei § 164 StGB und § 241 KO.

hinaus ausdehne¹. Eine ausführliche Begründung dieses Einwands hat Gallas vorgetragen². Er geht davon aus, daß die bisherige Teilnahme angesichts der Einheitstäterschaft zur Täterschaft aufrückt. Die jetzige versuchte Teilnahme werde daher zur "versuchten Täterschaft". Das laufe aber darauf hinaus, daß alle Teilnahmeversuche, die heute straflos seien, künftig als versuchte Täterschaft bestraft werden müßten. Eine derartige Ausdehnung der Strafbarkeit wäre jedoch - wie allgemein anerkannt ist - rechtspolitisch verfehlt. Gallas fragt sich deshalb, ob sich eine derartige Strafbarkeitserweiterung nicht auch bei einer Einheits-täterlösung vermeiden lasse. Er meint, daß man hierzu gewisse Fälle für straflos erklären müsse. Das setze aber voraus, daß man diese Fälle bezeichne, was wiederum nur dann möglich sei, wenn man Anstiftung und Beihilfe unterscheide. Das habe aber zur Folge, daß man hier nicht weiterkomme, ohne zu einer Teilnahmeregelung zurückzukehren.

Nun könnte man überlegen, ob nicht schon einiges damit gewonnen wäre, wenn man nur noch beim Versuch zwischen Täterschaft und Teilnahme differenzieren würde. Bei der großen Mehrzahl der Fälle, in denen diese Differenzierung Schwierigkeiten gemacht hat, ging es nämlich nicht um Fragen der Versuchsstrafbarkeit. Es ist jedoch nicht zu übersehen, daß es eine Inkonsequenz des Gesetzes wäre, wollte es bei den vollendeten Delikten dem Einheitstäterbegriff folgen, beim Versuch aber zwischen Täterschaft und Teilnahme unterscheiden. In der österreichischen Strafrechtskommission wurden gegen eine solche Lösung denn auch Bedenken erhoben. Man befürchtete, daß die Einheitstäterlösung "auf Hinterwegen ... zuschanden" gemacht werde, wenn man beim Versuch die alten Unterscheidungen wieder einführen würde³.

1) Amtl. Begr. z. E 62 S. 147 Sp. 1; Gallas, Jescheck, Welzel und Schafheutle (Nschr. Bd. 2 S. 68, 98, 99 und 100); v. Dohnanyi S. 112; Bähr StrAbh. 331/63; Bockelmann, Deutsche Beiträge S. 48; Ellger DJ 1935/221; v. Cramer StrAbh. 354/99; Lange, Täterbegriff S. 74; Bettiol S. 530/531; Latagliata, I principi S. 46 ff, ibs. S. 49; Salama S. 48; Dietz 1957 S. 109 und Cramer NJW 1969/1932 Sp. 1

2) Nschr. Bd. 2 S. 68

3) Estl, öProtokolle S. 963/964; ganz ähnlich Hauser, öProtokolle S. 876

Es fragt sich aber, ob man die Begriffe der Anstiftung und Beihilfe wirklich braucht, um die Versuchsstrafbarkeit in den gegenwärtigen, allgemein als strafwürdigkeitsgerecht empfundenen Grenzen zu halten. Gallas geht bei seinen Überlegungen zwar ganz richtig davon aus, daß die Einheits-täterlösung jede Person, die den tatbestandlichen Erfolg verursacht, zum Täter macht. Hieraus zieht er jedoch ohne weiteres den Schluß, daß auch jeder Versuch einer derartigen Verursachung - weil "versuchte Täterschaft" - strafbar sei. Es ist jedoch ein terminologischer Trugschluß zu glauben, daß all das, was im Falle der Vollendung des Delikts täterschaftliches Tun ist, im Falle eines Fehlschlages als "versuchte Täterschaft" einen strafbaren Versuch darstellt.

Das kann man schon anhand des geltenden Rechts widerlegen. Auch hier begründet nicht all das, was bei Vollendung des Delikts Täterschaft wäre, im Falle eines Fehlschlages einen strafbaren Versuch. An Fällen der Mittäterschaft und mittelbaren Täterschaft läßt sich das zeigen. Als Initiator und Organisator des Verbrechens ist der Chef einer Bande nach h. L. Mittäter, selbst wenn er sich nicht eigenhändig an der Tatausführung beteiligt¹. Hat dieser Bandenchef nun ein Delikt initiiert und organisiert, so hat er eigentlich all das getan, was ihm im Falle der Vollendung des Delikts zum Mittäter machen würde. Trotzdem kann er nicht wegen Versuchs bestraft werden, wenn der Anfang der Ausführung in letzter Stunde unterbleibt², obwohl es sich hier nach der Terminologie von Gallas um einen Fall "versuchter Täterschaft" handelt. Und auch bei der mittelbaren Täterschaft stellt nach h. M. nicht schon jede Einwirkung eines Hintermanns auf den Tatmittler immer und ausnahmslos

1) Maurach AT S. 560; vgl. auch die Amtl. Begr. z. E 62 S. 149 Sp. 2/ S. 150 Sp. 1

2) Die Strafbarkeit eines Mittäters wegen Versuchs verlangt nämlich, daß mindestens ein Mittäter zur Tatausführung angesetzt hat (RGSt 58/279; Jescheck, Lehrbuch S. 454 und Schönke-Schröder Anm. 25 zu § 47).

einen strafbaren Versuch dar¹, obgleich bei Gelingen des Planes (vollendete mittelbare) Täterschaft des Hintermannes vorläge.

Es gilt demnach zu klären, wie die Beziehungen zwischen der Beteiligung und dem strafbaren Versuch sind. Die Tatbestände des BT ermöglichen grundsätzlich nur dann eine Bestrafung, wenn es zur Vollendung des Delikts gekommen ist. Soweit auf Grund der Versuchsvorschriften eine Bestrafung überhaupt möglich ist, sind diese Vorschriften daher Strafausdehnungsvorschriften. Das ist allgemein anerkannt². Dann können diese nicht zur Vollendung des Delikts führenden Handlungen aber nur insoweit strafbar sein, als es die Normen über den Versuch vorschreiben. Folglich kann es nicht der Täterbegriff und eine daraus abgeleitete "versuchte Täterschaft" sein, die darüber entscheiden, ob ein strafbarer Versuch vorliegt, sondern allein die Weite der Versuchsbestimmungen; ob die mißglückte Beteiligung ein strafbarer Versuch ist oder nicht, hängt demnach ausschließlich davon ab, wie der Gesetzgeber die Versuchsvorschriften ausformt³.

2. Die Versuchsbestimmungen werden daher unabhängig vom Täterbegriff aufgebaut. Angesichts der Einheitstäterlösung muß von ihnen verlangt werden, daß sie etwa den Rahmen der bisherigen Strafbarkeit wahren, gleichwohl aber auf die Begriffe Anstiftung und Beihilfe verzichten können. Untersuchen wir also folgenden Regelungsvorschlag, der sich eng an die Formulierung der Versuchsvorschrift des 2. StRG (§ 22) anschließt:

"Eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat unmittelbar zu ihrer Ausführungshandlung ansetzt. Ein Versuch ist auch jede Beteiligung an solchen Handlungen."

-
- 1) Vgl. die auf S. 188 Anm. 4 und S. 188 Anm. 3 aufgeführten Stimmen; a.A. die in Anm. 2 auf S. 188 genannten Autoren.
 - 2) Cass. 14-1-1966, Cass.pen. 1966/822, m. 1305 (Albertini); Vannini S. 218; Pedrazzi S. 26; Spasari S. 19; Dreher Anm. B II 4 a vor § 1; Maurach AT S. 413
 - 3) Besonders gut dargelegt von Nowakowski, 6Protokolle S. 958 und 968; ferner Rittler, Kadečka und Handler (6Protokolle S. 862, 858 und 962/963); Amtl. Begr. z. öE 68 S. 83 Sp. 2; Frühauf S. 146; Bolwien S. 29 und Conrad StrAbh. 354/57 und 58; vgl. auch Schwalm Nschr. Bd. 2 S. 116

Nach geltendem Recht setzt die Strafbarkeit wegen Versuchs bzw. Teilnahme am Versuch in dem Augenblick ein, in dem der unmittelbare Täter oder ein unmittelbar handelnder Mit-täter zur Ausführungshandlung im formal-objektiven Sinne ansetzt. Die obige Vorschrift gewährleistet genau diesen Umfang der Strafbarkeit, denn sobald ein Beteiligter zur Ausführungshandlung des Delikts ansetzt, haften alle Be-teiligte wegen eines strafbaren Versuches.

Heftig umstritten im geltenden Recht ist es, wann die Ver-suchsstrafbarkeit in den Fällen der mittelbaren Täterschaft beginnt. Vielfach wird die Auffassung vertreten, daß ein strafbarer Versuch hier erst dann anzunehmen sei, wenn der Tatmittler zur Ausführungshandlung ansetze¹.

Demgegenüber steht die Lehre, daß ein strafbarer Versuch bereits in jeder abschließenden Einwirkung des Hintermannes auf den in Aussicht genommenen Tatmittler liege². - Die überwiegende Mittelmeinung will die Entscheidung von der Verfassung des Tatmittlers abhängig machen. Handle es sich um einen Tatmittler, der sich einem Werkzeug vergleichbar verhalte - wie z. B. Personen, die unvorsätzlich oder ge-nötigt handelten, willenlose Geisteskranke oder kleine Kinder -, so sei bereits die abschließende Einwirkung des Hintermannes auf den Tatmittler als strafbarer Versuch anzusehen; an den anderen Fällen dagegen, insb. bei den absichtslos- oder qualifikationslos-dolosen Tatmittlern, beginne der Versuch erst mit der Ausführungshandlung des Tatmittlers³. - Die Rspr. ist nicht ganz einheitlich. Überwiegend stellt sie aber auf die Gut- bzw. Bösgläubig-keit des Tatmittlers ab und nimmt einen strafbaren Versuch

1) Frank, Anm. II 2 a zu § 43; Eb. Schmidt, Frank-Festgabe Bd. 2 S. 132; v. Hippel II S. 475; grundsätzlich auch Dreher, Anm. 1 B b zu § 43

2) Mezger-Blei AT S. 266; Petters-Preisendanz S. 51; Baumann JuS 1963/93; grundsätzlich auch Maurach AT S. 428

3) Welzel, Strafrecht S. 191; Jescheck, Lehrbuch S. 448; Mezger, Strafrecht 1949 S. 386 Anm. 10 und S. 401; Jagusch in Leipz. Komm. Anm. II 1 f cc; Kohlrusch-Lange Anm. II 3 und Schönke-Schröder, Anm. 16 zu § 43

dann an, wenn die Einwirkung auf den gutgläubigen Tatmittler bereits eine nahe Gefahr für das Rechtsgut schafft¹.

Wollte man diese Linie der Rspr. als die rechtspolitisch richtige Grenze der Versuchsstrafbarkeit ansehen, so könnte die obige Vorschrift etwa folgenden Satz 2 erhalten:

"Eine Straftat versucht auch, wer abschließend darauf hinwirkt, daß ein Gutgläubiger alsbald mit der Ausführungshandlung beginnt." Wollte man dagegen dem Ergebnis der Mittelmeinung den Vorzug geben, so müßte es ungefähr heißen: "Eine Straftat versucht auch, wer abschließend darauf hinwirkt, daß ein anderer die Ausführungshandlung vorsatzlos, genötigt oder nicht selbstverantwortlich vornimmt."

3. Nunmehr gilt es, die Strafbarkeit der bisherigen versuchten Teilnahme zu erörtern. Dabei ist zu überlegen, ob sich nicht auch angesichts der Einheitstäterlösung eine Regelung finden läßt, die sich in etwa im Rahmen des § 49 a StGB bzw. des § 30 des 2. StrRG hält, gleichwohl aber ohne die Begriffe Anstiftung und Beihilfe auskommen kann. Zur Diskussion gestellt sei dazu folgender Formulierungsvorschlag:

"Nach den Vorschriften über den Versuch des Verbrechen wird bestraft, wer einen anderen zur Ausführung² eines Verbrechen zu bestimmen versucht. Ebenso wird bestraft, wer sich bereit erklärt, wer das Erbieten eines anderen annimmt oder wer mit einem anderen verabredet, ein Verbrechen auszuführen. Dieselbe Strafe trifft denjenigen, der jemanden zu den in den Sätzen 1 und 2 bezeichneten Handlungen zu bestimmen versucht. Die Strafe ist nach § X zu mildern."

Nach § 49 a StGB und § 30 des 2. StrRG soll die versuchte Beihilfe auch bei Verbrechen straflos bleiben. Es fragt sich daher, ob auch die obige Bestimmung dieses Ergebnis zu gewährleisten vermag. Wer einen anderen zur Ausführung

1) So ibs. BGHSt 4/270; RGSt 70/212, 387 und 59/1; vgl. dagegen RG 77/172 und 45/282, 285.

2) Zum Begriff der Ausführung vgl. oben S.

eines Delikts bestimmt, kann nach geltendem Recht Anstifter und - wenn er Tatherrschaft bzw. animus auctoris besitzt - auch Mittäter oder mittelbarer Täter sein. Dagegen ist ausgeschlossen, daß er bloßer Gehilfe ist. Wenn daher Satz 1 des obigen Vorschlags den Versuch verlangt, einen anderen zur Ausführung eines Verbrechens zu bestimmen, so ist damit gesichert, daß auch hier die Fälle der versuchten Beihilfe nicht geahndet werden können.

Straflos soll ferner die Beihilfe zur versuchten Anstiftung bleiben. So jedenfalls ist nach h. M. der geltende § 49 a zu verstehen¹. Auch das 2. StrRG befürwortet diesen Rechtszustand, denn es hat in seinem § 30 nur die versuchte Kettenanstiftung mit Strafe bedroht. Aber auch der obige Vorschlag läßt die Beihilfe zur versuchten Anstiftung straflos, denn ihr S. 3 begnügt sich nicht mit irgendeiner Form der versuchten Mitwirkung an den Handlungen nach den Sätzen 1 und 2, sondern verlangt eine versuchte Bestimmung. Diesem Erfordernis genügen die Fälle der Beihilfe nicht.

Straflos soll ferner die versuchte Anstiftung zur Beihilfe sein. Das ist unbestrittenermaßen der geltende Rechtszustand². Das 2. StrRG will dasselbe Ergebnis verankern. Es hat deshalb in seinem § 30 nur die Anstiftung zur Begehung, d. h. die Anstiftung zu täterschaftlicher Beteiligung, und die Anstiftung zur Anstiftung für strafbar erklärt. Aber auch der obige Vorschlag bringt hierbei weitgehend nichts anderes; denn er will nur die versuchte Bestimmung zur Vornahme der Ausführungshandlung, sowie die versuchte Bestimmung zur Bestimmung strafen. In einer Hinsicht geht der Vorschlag aber doch etwas weiter als § 49 a StGB und § 30 des 2. StrRG. Er erfaßt nämlich als versuchte Bestimmung zur Ausführung eines Verbrechens auch die versuchte Einwirkung auf absichtslos- oder qualifikationslos-dolose Tatmittler. Danach wäre etwa strafbar,

1) BGHSt 14/156; Maurach AT S. 595; Schönke-Schröder, Anm. 43 zu § 49 a; a.A. Mezger in Leipz. Kommn., Anm. 9 ff zu § 49 a

2) BGHSt 7/234; Maurach AT S. 595; Schönke-Schröder, Anm. 24 zu § 49 a

wer jemanden dazu zu bestimmen versucht, ihm einen fremden Gegenstand zu rauben. Für einen Teil des Schrifttums ist diese erfolglose Einwirkung auf dolose Tatmittler bereits als Versuch der mittelbaren Täterschaft nach § 43 strafbar¹. Aber auch die h. M., die in diesen Fällen noch keinen strafbaren Versuch erblickt, wird hier eine strafrechtliche Ahndung zumindest de lege ferenda befürworten können. Die Gleichstellung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft rechtfertigt sich durch eine gerade in derartigen Fällen besonders große Ähnlichkeit dieser beiden Figuren intellektueller Urheberchaft. Normalerweise hat der mittelbare Täter die tatsächliche Herrschaft über die Ausführung des Verbrechens, während der Anstifter bloßer Konspirator ist, der keine Kontrolle über die Vornahme der Ausführungshandlung hat. Bei absichtslos-dolosen und qualifikations-dolosen Tatmittlern ist auch der mittelbare Täter nur Konspirator, der den weiteren Geschehensablauf - wie selbst Gallas richtig sieht² - nicht mehr in der Hand hat. Die Strafwürdigkeit der versuchten Anstiftung gründet sich gerade darauf, daß der Anstiftende Gefahren für das Rechtsgut schafft, die er nicht mehr zu kontrollieren vermag³. Im Gegensatz zu demjenigen, der die Deliktsausführung beherrscht, hat er die Auswirkungen seines Tuns nämlich nicht mehr in der Hand. Derartige nicht mehr zu kontrollierende Gefahren für die Rechtsgüter schaffen aber auch diejenigen mittelbaren Täter, die die Ausführungshandlung durch absichtslos- oder qualifikationslos-dolose Tatmittler vornehmen lassen, weil auch ihnen die tatsächliche Herrschaft über die Deliktsausführung fehlt. Insofern gleichen sich die Anstiftung und diese Fälle der mittelbaren Täterschaft sehr. Es dürfte demnach durchaus den gegenwärtigen Strafwürdigkeitsvorstellungen entsprechen, auch diejenigen mittel-

1) Das sind die auf S. 188 Anm. 2 genannten Autoren

2) Mat. I S. 136

3) So ibs. die Amtl. Begr. z. E 62 S. 153 Sp. 2; ferner Schäfer, Dreher und Lange (Nschr. Bd. 2 S. 206, 210 und 212)

baren Täter zu bestrafen, die zur Ausführung des Verbrechens dolose Tatmittler zu gewinnen versuchen.

4. Damit zeigt sich, daß man die Strafbarkeit wegen Versuchs und versuchter Teilnahme auch ohne die Begriffe Anstiftung und Beihilfe im Rahmen des Strafwürdigen halten kann. Damit erledigt sich der Einwand, daß eine konsequente Kodifizierung der Einheitstäterschaft in diesem Bereich zwangsläufig zu einer unerträglichen Ausweitung der Strafbarkeit führen müsse.

V. Die bisher straflose Beihilfe zu Übertretungen?

Die Einführung des Einheitstäterbegriffes in das neue OWiG hat zur Folge, daß sämtliche Fälle der bisherigen Beihilfe geahndet werden können. Nach § 10 Abs. 1 des alten OWiG von 1952 war in Fällen der Beihilfe dagegen die Festsetzung einer Geldbuße nur möglich, "soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt" hatte. Von diesem Vorbehalt wurde in der Gesetzgebung allerdings kein Gebrauch gemacht. Demnach konnten also schon bisher sämtliche Fälle der Beihilfe zu Ordnungswidrigkeiten verfolgt werden. Die Erfassung sämtlicher Beihilfefälle durch § 9 des neuen OWiG führt nach Ansicht der Amtlichen Begründung zum OWiG daher praktisch zu keiner Erweiterung der Ahndungsmöglichkeiten¹.

Es fragt sich jedoch, ob diese Aussage wirklich zutreffend ist. Das neue OWiG darf nämlich nicht nur im Hinblick auf diejenigen Vorschriften gesehen werden, die schon immer Ordnungswidrigkeiten waren. Es muß vielmehr auch im Hinblick auf die bisherigen Übertretungen gesehen werden, die durch das EGOWiG in Ordnungswidrigkeiten umgewandelt wurden bzw. die noch zur Umwandlung anstehen. Bei diesen Übertretungen aber konnten Fälle der Beihilfe nicht geahndet werden, da die Beihilfe nach § 49 StGB nur bei Verbrechen und Vergehen strafbar ist. Dabei ist man sich durchaus darüber

1) S. 48 Sp. 1

einig, daß eine Ahndung dieser bisher straflosen Beihilfefälle nicht opportun ist¹. Es ist daher zu überlegen, ob diese unerwünschte, aber nach § 9 OWiG ermöglichte Ahndung der Beihilfe zu den bisherigen Übertretungen einen Einwand gegen die Einführung der Einheitstäterlösung darstellt. Cramer bejaht dies ganz entschieden; er schreibt, daß die Einheitstäterlösung Sanktionsmöglichkeiten bei Handlungen eröffne, deren Ordnungswert - sofern man von einem solchen überhaupt reden könne - derart gering sei, daß eine Verfolgung die ganze Regelung eher der Lächerlichkeit preisgebe als zur Aufrechterhaltung der Ordnung beitrage². Aber auch Tröndle lehnt den geltenden § 9 OWiG wegen dieser weiten Ahndungsmöglichkeiten ab³.

Nun gilt es allerdings zu bedenken, daß es schon bisher Ordnungswidrigkeiten gab, bei denen die Beihilfe geahndet werden konnte, obwohl die Ahndungswürdigkeit höchst zweifelhaft war: Ordnungswidrig handelt z. B., wer Orden ohne Vorlage eines Ausweises an Privatpersonen veräußert (§ 16 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 14 Abs. 2 OrdG); als Gehilfe verfolgbare war damit auch der Bote, der im Auftrag des Verkäufers die vorschriftswidrig verkauften Orden überbrachte. Ordnungswidrig handelt ferner, wer unerlaubt Mövener sammelt (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 i. V. m. § 19 Abs. 1 Nr. 18 BJagdG); verfolgt werden konnte damit auch sein Begleiter, der dem Sammler die Tasche trug. Ordnungswidrig handelt außerdem, wer unbefugt Wasser aus oberirdischen Gewässern ableitet (§ 41 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 3 Abs. 1 Nr. 1 WHG); die Möglichkeit der Ahndung bestand daher auch für denjenigen, der zu diesem Zwecke seine Schaufel auslieh.

Nach den Erfahrungen von Tröndle hat es bei solchen und ähnlichen Beihilfefällen keine Anstände wegen unsinniger Verfolgung gegeben⁴. Tröndle glaubt auch nicht, daß dies

1) Cramer NJW 1969/1929 Sp. 2; Dreher NJW 1970/219 Anm. 10 und Tröndle, Grundlagen S. 18

2) NJW 1969/1929 Sp. 2, 1930 Sp. 1

3) Grundlagen S. 17 ff, ibs. S. 30

4) Tröndle, Grundlagen S. 19 und 24

eine Folge des § 7 Abs. 3 OWiG 1952 war, der seinem Wortlaut nach ohnehin mehr auf bedeutungslose täterschaftliche Handlungen zugeschnitten war als auf bedeutungslose Beihilfefälle. Seiner Auffassung nach war es vielmehr das Opportunitätsprinzip, das dafür sorgte, daß der Bogen nicht überspannt wurde. Angesichts dieser guten Erfahrungen mit dem Opportunitätsprinzip hatte auch der Gesetzgeber überall dort, wo z. Z. der Geltung des alten OWiG Übertretungen in Ordnungswidrigkeiten umgewandelt wurden, es stets in Kauf genommen, daß die bis dahin straflose Beihilfe infolge der Umwandlung geahndet werden konnte¹. In all diesen Fällen wurde nichts unternommen, um bei diesen neuen Ordnungswidrigkeiten die Ahndung der Beihilfe auszuschließen, obwohl doch der Gesetzesvorbehalt für die Beihilfe in § 10 Abs. 1 des OWiG 1952 eigentlich dazu einlud.

Es fragt sich jedoch, ob man auch angesichts der Umwandlung der Verkehrsübertretungen in Ordnungswidrigkeiten allein auf die vernünftige Handhabung des Opportunitätsprinzips vertrauen durfte. Konnte man aus dem Umstand, daß es unter dem alten OWiG trotz genereller Ahndbarkeit der Beihilfe zu keinen unsinnigen Verfolgungen gekommen war, schließen, daß die Verfolgung nicht ahndungswürdiger Beihilfefälle auch weiterhin unterbleiben würde? Tröndle neigt dazu, diese Frage zu verneinen². Er weist darauf hin, daß die Verkehrsübertretungen nach ihrer Umstellung den weitaus größten Teil der zu verfolgenden Ordnungswidrigkeiten ausmachen. Dieser quantitative Effekt vervielfache die Gefahren einer zu starken Ausdehnung des Ahndbarkeitsbereichs. Hinzu komme, daß bei den Verkehrsübertretungen die Tendenz der Behörden auf eine möglichst umfassende Verfolgung der Verstöße gerichtet gewesen sei, eine Tendenz, die sich bei der Umwandlung dieser Übertretungen in Ordnungswidrigkeiten trotz des nunmehr geltenden Opportunitätsprinzips nicht allzu stark ändern werde.

1) Eine Aufstellung solcher in Ordnungswidrigkeiten umgewandelter Übertretungen findet sich bei Dreher NJW 1970/219 Sp. 1

2) Grundlagen S. 25 - 27

Diese Möglichkeiten sind nicht von der Hand zu weisen. Andererseits darf man aber nicht übersehen, daß die meisten Verkehrsverstöße nur Fahrlässigkeitstaten sind. Und selbst ein großer Teil der verbleibenden Vorsatztatzen wird - aus Mangel an Beweisen oder der Einfachheit halber - als Fahrlässigkeitstatzen verfolgt. Im Bereich der Ahndung wegen Fahrlässigkeit gibt es jedoch keine Gehilfen; die Teilnahmeform der Beihilfe ist auf Vorsatztatzen beschränkt. Deshalb kommt gerade bei Verstößen gegen Verkehrsvorschriften eine Ahndung wegen Beihilfe praktisch nur verhältnismäßig selten in Betracht. Dreher erachtet daher die durch § 9 OWiG eröffneten Ahndungsmöglichkeiten bei den Fällen ehemals strafloser Beihilfe zu Übertretungen nicht für bedeutend und hält deshalb den § 9 OWiG für unbedenklich¹. Auch Tröndle sieht sehr wohl, daß Fälle der Beihilfe bei Verkehrsverstößen nur selten in Betracht kommen. Da sie aber doch vorkommen, erscheinen ihm diese erweiterten Ahndungsmöglichkeiten als inakzeptabel, zumal angesichts der weitverbreiteten Klage, daß ohnehin schon zuviel bestraft und pönalisiert werde².

Wenn man sich überlegt, ob diese erweiterten Ahndungsmöglichkeiten tragbar sind oder nicht, muß man sich fragen, welche Alternativen dem Gesetzgeber zur Verfügung standen. Es ist also zu prüfen, welche Wege es gab, um bei der Umwandlung von Übertretungen in Ordnungswidrigkeiten zu weitgehende Verfolgungen bisheriger Beihilfefälle zu vermeiden.

Hier bestand einmal die Möglichkeit, eine Vorschrift wie den § 7 Abs. 3 OWiG 1952 beizubehalten, wonach bei bedeutungslosen Ordnungsverstößen keine Geldbuße verhängt werden dürfte. Der Gesetzgeber des neuen OWiG hat davon bewußt abgesehen, weil der alte § 7 in seiner Gesamtheit nicht befriedigt hat und gerade in seinem eigentlichen

1) NJW 1970/219 Sp. 2; entschieden a.A. dagegen Cramer NJW 1970/1114 Sp. 2

2) Grundlagen S. 27

Aussagegehalt letztlich unklar blieb¹. Auch Tröndle hält diese Lösung nicht für einen brauchbaren Ausweg².

Man hätte ferner - unter Verzicht auf den Einheitstäterbegriff - eine Regelung wie in § 10 Abs. 1 OWiG 1952 vorgesehen und die Beihilfe zu Verkehrsordnungswidrigkeiten von der Ahndung ausnehmen können. Dagegen spricht - wie auch Tröndle³ betont -, daß der Verzicht auf eine Ahndung der Beihilfe durchaus nicht bei allen Verkehrsordnungswidrigkeiten angebracht wäre, andererseits aber jede Differenzierung schwierig und mehr oder weniger willkürlich sein müßte. Vor allem aber wäre es innerlich nicht gerechtfertigt und deshalb im Grunde ungereimt, bei den anderen, im Unrechtsgehalt vergleichbaren Ordnungswidrigkeiten die Möglichkeit der Ahndung zu geben, bei den Verkehrswidrigkeiten aber nicht.

Noch weniger tunlich erscheint es, im Bereich des Ordnungswidrigkeitenrechts auf die Ahndung sämtlicher Fälle der Beihilfe zu verzichten. Schließlich gibt es eine ganze Reihe sehr gewichtiger Ordnungswidrigkeiten - mit Bußgelddrohungen bis zu 1 000 000 DM -, bei denen es sehr wohl geboten sein kann, auch die Fälle der Beihilfe zu ahnden. Daran mußte auch der Vorschlag Tröndles scheitern, es zwar beim Einheitstäterbegriff zu belassen, die Fälle "untergeordneter Beteiligung" aber von der Ahndung auszunehmen⁴. Ein Beteiligter kann seinen Komplizen gegenüber in "untergeordneter" Weise tätig geworden sein; das schließt jedoch nicht aus, daß er einen entscheidenden Beitrag zur Ausführung der Ordnungswidrigkeit geleistet hat. Dann aber kommt ein grundsätzlicher Verzicht auf die Ahndung "untergeordneter Beteiligung" ebensowenig in Betracht wie ein genereller Verzicht auf die Ahndung von Fällen der Beihilfe. Außerdem hätte eine entsprechende Bestimmung das OWiG wieder mit so zweifelhaften Fragen belastet wie dem Problem,

1) Amtl. Begr. z. OWiG S. 80 und 81

2) Grundlagen S. 28

3) Grundlagen S. 28; a.A. offensichtlich Cramer NJW 1970/1114 Sp. 2

4) Grundlagen S. 30 ff

wodurch sich nun die untergeordnete Beteiligung von den übrigen Fällen der Beteiligung unterscheidet. Gerade von solchen diffizilen Fragen aber wollte man das OWiG um seiner Praktikabilität willen möglichst freihalten. Überdies würde es zu Begriffsverschiedenheiten zwischen dem Ordnungswidrigkeiten- und dem Strafrecht führen, wenn man im OWiG den Begriff der untergeordneten Beteiligung verankern würde, einen Begriff, der in vielem dem der Beihilfe ähnelt, aber doch nicht mit ihm identisch ist. Tröndle selbst ist es, der sich an anderer Stelle scharf dagegen wendet, daß der Gesetzgeber bei gleichgelagerten Materien im StGB und OWiG verschiedene Theorien oder Begriffe gebraucht¹.

Damit zeigt sich, daß der Gesetzgeber des OWiG im Grunde eigentlich gar keine andere Wahl hatte, als auch die bisher straffreie Beihilfe zu Übertretungen in den Bereich des Ahndbaren einzubeziehen und auf eine vernünftige Handhabung des Opportunitätsprinzips zu vertrauen. Er wäre um diese Erweiterung der Ahndungsmöglichkeiten ibs. auch dann nicht herumgekommen, wenn er zwischen Tätern, Anstiftern und Gehilfen differenziert hätte. Es wäre daher die Sache von Cramer, der diese Erweiterung des Sanktionsbereichs so hart attackiert hat, gewesen, bessere Lösungswege aufzuzeigen.

Noch einige Gesichtspunkte seien herausgestellt, die dem Gesetzgeber die Entscheidung für den geltenden § 9 OWiG erleichtern konnten. So macht ibs. die Entkriminalisierung des Übertretungsrechtes die in Frage stehende Ausweitung der Ahndungsmöglichkeiten erträglicher. Die Nichtahndung der Beihilfe zu Übertretungen ist Ausdruck der alten Rechtsweisheit "minima non curat praetor". Man will damit vor allem der Gefahr begegnen, daß recht belanglose Handlungen erst dadurch Gewicht erlangen, daß sich mit ihnen die Strafgerichte befassen müssen, daß sie ins Straf-

1) Grundlagen S. 1 ff und S. 12

register eingetragen werden und somit den Betroffenen als "Vorbestraften" ausweisen. Dagegen ist das Bußgeldverfahren - noch dazu, wenn es nur zu einer Verwarnung mit Verwarnungsgeld kommt - ein vergleichsweise einfaches Verfahren, weniger diskriminierend und ohne derart belastende Nebenfolgen. Es besteht deshalb auch weit weniger die Gefahr, daß im Grunde harmlose Handlungen erst durch die Art der Verfolgung aufgebauscht werden. Daher ist es auch weit eher erträglich, wenn hier einmal eine Ahndung erfolgt, die vielleicht besser unterblieben wäre.

Ein weiterer wichtiger Gesichtspunkt darf nicht vergessen werden. Wenn sich die Ahndung oder Nichtahndung einer Beteiligung danach richtet, ob ein Fall der Beihilfe vorliegt, dann entscheidet die Teilnahmelehre. Wie triste es um diese Teilnahmelehre mit ihren Begriffen *animus auctoris* bzw. *Tatherrschaft* aussieht, obwohl die Bemühungen nun schon ein ganzes Jahrhundert andauern, wurde bereits oben A II 2 c dargestellt. Um die Fälle der Beihilfe herauszuschälen, muß jedenfalls sehr oft ein großer Aufwand an juristischer Feinarbeit geleistet werden, der sich - wie die Amtliche Begründung zum OWiG betont¹ - bei der Masse der Ordnungswidrigkeiten einfach nicht lohnt. Diesen an der Ökonomie des Verfahrens orientierten Aspekt muß man umso mehr im Auge behalten, als gerade das neue OWiG ein einfaches Verfahren bieten soll, das verhindert, daß sich wenig gewichtige Angelegenheiten zu "kapitalen" Fällen auswachsen. Hinzu kommt, daß die Abgrenzungen zwischen Täterschaft, Anstiftung und Beihilfe weitgehend mit Hilfe von Ganzheitsbetrachtungen gewonnen werden, für die Strafwürdigkeitserwägungen eine entscheidende Rolle spielen². Gerade auf die Strafwürdigkeit oder - dem OWiG entsprechend ausge-

1) S. 48 Sp. 2

2) Angesichts dieser Tatsache waren die Grenzen zwischen dem straffreien und strafbaren Bereich bei den Übertretungen durchaus nicht so klar und scharf, wie Tröndle (Grundlagen S. 19) es hinstellt.

drückt - auf die Ahndungswürdigkeit aber kommt es bei der Handhabung des Opportunitätsprinzips an. In vielen Fällen werden sich daher die Überlegungen, die für die Ahndung oder Nichtahndung von unbedeutenden Beteiligungen den Ausschlag geben, gar nicht viel voneinander unterscheiden. Die Fragwürdigkeiten der Teilnahmelehre jedenfalls waren ein wichtiger Grund, der es dem Gesetzgeber sehr erleichtert hat, sich für die Einheitstäterlösung des § 9 OWiG zu entscheiden¹.

Kommen wir zum Ergebnis: Die Fälle der Beihilfe bei den früheren Übertretungen sind nicht allzu häufig, weil die Ahndung der Beihilfe zu Verkehrsübertretungen, die nach ihrer Umwandlung die Masse der Ordnungswidrigkeiten ausmachen, sich in erträglichen Grenzen halten wird. Man wird damit rechnen dürfen, daß das Opportunitätsprinzip - wie schon bisher - dafür sorgt, daß die Ahndung nicht ahndungswürdiger Beteiligungshandlungen unterbleibt. Die durch § 9 OWiG eröffneten erweiterten Ahndungsmöglichkeiten wird man daher in Kauf nehmen können. Das gilt umso mehr, als dem Gesetzgeber keine wirklich brauchbaren Alternativen zur Verfügung standen, um in diesen früher nicht verfolgbaren Beihilfefällen die Möglichkeit der Ahndung auszuschließen.

Zum Schluß sei noch auf folgenden Punkt hingewiesen: Der Einwand, der Einheitstäterbegriff führe in den Fällen der Beihilfe zu früheren Übertretungen zu einer unerträglichen Ausweitung der Ahndungsmöglichkeiten, kann nur die Frage berühren, ob die Einheitstäterlösung für das OWiG brauchbar ist. Er läßt keine Schlüsse gegen die Brauchbarkeit der Einheitstäterlösung bei der Reform des Strafrechts zu. Das kommende Strafrecht kennt keine Übertretungen mehr. Es wird nur noch Verbrechen und Vergehen geben; bei diesen Delikten aber war die Beihilfe schon immer strafbar. Die

1) Amtl. Begr. z. OWiG S. 48 Sp. 2 und Dreher NJW 1970/219 Sp. 1
Nicht einmal Cramer hat in seinen beiden Aufsätzen - wie Dreher (NJW 1970/216 Sp. 1) mit Recht betont - den Versuch gemacht, diese Fragwürdigkeiten zu leugnen.

heitstäterlösung könnte demnach insofern auch nicht zu einer Erweiterung der Strafbarkeit führen. Soweit die Übertretungen des geltenden Rechts nicht in Ordnungswidrigkeiten umgewandelt werden, werden sie entweder überhaupt beseitigt oder zu Vergehen aufgestuft. Die bislang straflosen Fälle der Beihilfe zu Übertretungen werden insoweit als Fälle der Beihilfe zu Vergehen strafbar sein. Die Ahndungsmöglichkeiten in Fällen der Beihilfe würden damit bei Einführung der Einheitstäterschaft nicht weiter reichen, als sie nach dem kommenden StGB tatsächlich reichen werden. Der diesem Abschnitt E V zugrunde liegende Einwand gegen die Einheitstäterschaft ist deshalb als Argument gegen die Einführung dieser Rechtsfigur in das **S t r a f r e c h t** von vornherein ungeeignet.

VI. Besteht sonstwie die Gefahr der Bestrafung nicht strafwürdiger Handlungen?

1. Fälle, in denen der Ausführende sich selbst schädigt.

a) Die Beteiligung am Selbstmord.

Die Amtliche Begründung zum E 62 erklärt die Beteiligung am Selbstmord für nicht strafwürdig¹. Auf der Grundlage des Einheitstäterbegriffs würde die Mitwirkung am Selbstmord jedoch in jedem Falle unter den Totschlagsparagrafen fallen, und zwar ibs. auch dann, wenn es sich bei den am Selbstmord Mitwirkenden um Nichtgaranten handelt². Eine strafrechtliche Haftung von Nichtgaranten wegen Totschlags würde aber zu

1) S. 270 Sp. 1

2) So ganz richtig Roxin S. 30, Rittler BT S. 279, Bolwien S. 30 und Eb. Schmidt, Frank-Festgabe Bd. 2 S. 124 ff; denn § 212 laute extensiv formuliert: "Wer (vorsätzlich) den Tod eines anderen verursacht ..." Derartige Verursacher sind aber sämtliche der am Selbstmord beteiligten Personen.

Die Beteiligung am Selbstmord wird aber auch dann erfaßt, wenn man mit einer Zurechnung operiert. In diesem Fall wird dem beteiligten Hintermann die Tötungshandlung zugerechnet. Der Vorfall ist demnach so zu betrachten, als habe der Hintermann den Suiziden getötet. Damit ist § 212 anwendbar.

unerträglichen Ergebnissen führen. Man mag sich zwar darüber streiten, ob man die Beteiligung von Nichtgaranten am Selbstmord völlig straflos lassen sollte¹; es wäre jedoch bestimmt verfehlt, auch nicht garantenpflichtige Beteiligte stets wegen Totschlags bestrafen zu müssen. Will man den Einheits-täterbegriff im Strafrecht einführen, ist daher eine Sonder-vorschrift nötig, welche dafür sorgt, daß die Beteiligung von Nichtgaranten in den Fällen, in denen sich der Getötete den Tod mit eigener Hand gab, geringer oder überhaupt nicht strafbar ist^{2, 3}.

Wenn der Gesetzgeber noch ein übriges tun wollte, dann sollte er herausstellen, daß diejenigen Fälle der Beteiligung an einer Selbsttötung, die derzeit mit Hilfe der Figur der mittelbaren Täterschaft doch nach den §§ 211 ff geahndet werden, nicht unter diese Sondervorschrift über die Mitwirkung am Selbstmord fallen. Eine derartige Bestimmung enthält z.B. Art. 580 Abs. 2 des italienischen StGB. Aus ihr ergibt sich außerdem, daß man zur Erfassung dieser Fälle bisheriger mittelbarer Täterschaft auch nicht auf die Begriffe "Tatherrschaft" oder "animus auctoris" zurückgreifen muß.

-
- 1) Für eine - gegenüber § 212 StGB stark abgemilderte - Be-
strafung am Selbstmord mitwirkender, nicht garantenpflich-
tiger Personen ibs. Schwalm (vgl. seinen Gesetzesvorschlag
in der Festschrift für Engisch S. 558). Dieser Vorschlag
entspricht im wesentlichen dem Rechtszustand in Österreich
(§ 139 b StG und § 88 öE 68) und Italien (Art. 580 c.p.i.).
 - 2) Klar erkannt bei v. Cramer StrAbh. 354/116 Anm. 87 und bei
Ellger DJ 1935/220 Sp. 1
 - 3) Enthält ein Gesetz eine spezielle Vorschrift, welche die
Mitwirkung am Selbstmord für straflos erklärt, so ist das
ein Indiz dafür, daß es dem Einheitstäterbegriff folgt;
denn nach dem herkömmlichen Täterbegriff bedarf es keiner
eigenen Norm, damit die Mitwirkung von Nichtgaranten am
Selbstmord straflos bleibt.
Enthält ein Gesetz keinerlei Vorschriften über die Mitwir-
kung am Selbstmord, so ist das ein Indiz gegen den Einheits-
täterbegriff; denn der Einheitstäterbegriff würde zu dem
unerträglichen Ergebnis führen, daß die Beteiligung von
Nichtgaranten am Selbstmord unter die Totschlagsvorschriften
fällt.
Stellt eine Kodifikation - etwa wie Art. 580 c.p.i., § 139
b StG oder § 88 öE 68 - die Beteiligung am Selbstmord in
einer eigenen Vorschrift unter (gemilderte) Strafe, so
erlaubt das keine Rückschlüsse auf den Täterbegriff. Eine
derartige Regelung ist nämlich von sämtlichen Täterbegriffen
her sinnvoll.

b) Die übrigen Fälle der Beteiligung an Selbstverletzungen.

Auch die Beteiligung an Körperverletzungen, Sachbeschädigungen und dergleichen, die der Träger des Rechtsgutes selbst ausführt, ist auf Grund der Einheitstäterlösung tatbestandsmäßig¹. Lediglich der Träger des Rechtsgutes selbst ist vom Tatbestand her als tauglicher Täter angenommen². Das bedeutet aber nicht, daß die übrigen Beteiligten damit in jedem Falle strafbar sein müßten. Um strafbar zu sein, müßten sie vor allem rechtswidrig handeln. Nun geht aber der Träger des Rechtsgutes nicht nur deshalb straflos aus, weil er tatbestandslos handelt, sondern auch deshalb, weil er das Recht hat, sich selbst zu schädigen. So ist z. B. dem § 903 BGB zu entnehmen, daß der Eigentümer befugt ist, seine eigene Sache zu beschädigen. Wenn daher der Träger des Rechtsgutes sich in Ausübung seiner Rechte selbst schädigt, so wird man annehmen können, daß die übrigen Beteiligten, die zu dieser Selbstschädigung beigetragen haben, von einer Einwilligung des Rechtsgutsinhabers gedeckt sind. Sie sind damit gerechtfertigt und gehen straflos aus.

Nun lehrt aber Bolwien³, daß die Einheitstäterlösung bei weitem nicht alle harmlosen Fälle der Beteiligung an Selbstverletzungen straflos lasse. Er stützt diese Auffassung darauf, daß man in vielen dieser Fälle keine Einwilligung annehmen könne. Eine Einwilligung müsse nämlich spätestens in dem Zeitpunkt vorliegen, in dem der Beteiligte handle. Das bedeute, daß man von einer Einwilligung des sich selbst verletzenden Rechtsgutsinhabers nur dort aus-

1) Rittler AT S. 279 und Bolwien S. 22

2) Rittler AT S. 270 und 279; Bolwien S. 21 und Amtl. Begr. z. 8E 68 S. 214 Sp. 2. Vgl. den Wortlaut von § 223 ("Wer ... einen anderen körperlich mißhandelt...") oder § 303 ("Wer ... eine fremde Sache beschädigt ...").

3) S. 22

gehen könne, wo dieser den Beteiligten um seine Hilfe bitte. Das treffe jedoch nur in gewissen Fällen der Beihilfe zu.

Die Ausführungen Bolwien's hinsichtlich der Einwilligung sind richtig. Es ist jedoch nicht richtig, wenn Bolwien daraus ohne weiteres den Schluß zieht, daß die restlichen Fälle, i. b. jede Anstiftung zur Selbstverletzung, strafbar sein müßten. Bolwien hätte vielmehr prüfen müssen, ob in diesen restlichen Fällen nicht vielleicht ein anderer Rechtfertigungsgrund eingreift. Wer nämlich auf den Träger des Rechtsgutes mit dem Vorsatz einwirkt, daß sich dieser in Kenntnis aller Tatumstände und in voller Entscheidungsfreiheit selbst schädigt, der wird davon ausgehen dürfen, daß der Rechtsgutsinhaber dies nur dann tun wird, wenn er mit der Schädigung einverstanden ist. Für den beteiligten Hintermann wird daher der Rechtfertigungsgrund der mutmaßlichen Einwilligung streiten.

Die Selbstverletzung ist nur in den Fällen nicht als Einwilligung bzw. mutmaßliche Einwilligung zu werten, in denen auch sonst keine beachtliche Einwilligung bzw. mutmaßliche Einwilligung vorliegt. Das sind i. b. die Fälle, in denen dem Rechtsgutsinhaber die Einwilligungsfähigkeit fehlt (etwa bei sich selbst schädigenden Kindern oder Geisteskranken) oder wenn er gezwungen, genötigt oder getäuscht wird. Damit sind letztlich nur die Fälle der Beteiligung an Selbstverletzungen strafbar, die derzeit mit Hilfe der mittelbaren Täterschaft strafrechtlich erfaßt werden. Es ist somit nicht ersichtlich, daß die Einheitstäterlösung bei der Mitwirkung an Selbstverletzungen nicht strafwürdige Fälle pönalisieren würde.

Auf Grund der Einheitstäterschaft ist die Beteiligung an Selbstverletzungen aber immerhin tatbestandsmäßig. Da die große Mehrzahl dieser Beteiligungen durchaus harmlose Handlungen sind, kann nicht geleugnet werden, daß der Bereich des Tatbestandsmäßigen damit doch recht weit ausgedehnt ist. Darunter leidet natürlich die Selektionsfunktion

der Tatbestände. Das könnte rechtsstaatliche Bedenken erwecken, zumal die hierbei einschlägigen Rechtfertigungsgründe der Einwilligung (vgl. § 226 a StGB und § 3 KastrG) bzw. der mutmaßlichen Einwilligung nicht gesetzlich festgelegt sind, zumindest nicht für den Gesamtbereich des Strafrechts. Aber wer bereits hierdurch das rechtsstaatliche Prinzip gefährdet sieht, der sollte sich doch vor Augen halten, daß schon nach geltendem Recht viele Tatbestände auch völlig unbedenkliche Handlungen erfassen. Es gibt ganze Berufsstände - und zwar recht nützliche und angesehene -, deren Mitglieder fortlaufend tatbestandsmäßige Handlungen vollbringen. So erfüllt das Tun des einfachen Gefängnisbeamten bis hinauf zu den Strafrichtern des BGH den Tatbestand des § 239, die Chirurgen begehen - nach Auffassung der Rspr.¹ - tatbestandsmäßige Körperverletzungen. Und sämtliche Personen, die fremde Sachen beeinträchtigen, fallen unter den Tatbestand des § 303, wie z. B. die Metzger in den Schlachthöfen, die fremde Tiere schlachten, oder etwa die Testingenieure, die mit neuen Produkten Verschleißversuche machen. Auch diese letzteren Personen schützt nur der für § 303 nicht gesetzlich fixierte Rechtfertigungsgrund der Einwilligung vor Strafe.

2. Der Erbonkel- bzw. Gewitterfall

Auch bei einer anderen, recht eigenartigen Gruppe von Fällen ist zu überlegen, ob die Einheitstäterlösung nicht zu unangebrachten Bestrafungen führt. Bekanntestes Beispiel dieser Art ist der Fall des Neffen, der seinen Erbonkel zu einer Reise veranlaßt in der Hoffnung, dieser werde dabei verunglücken, was dann auch tatsächlich geschieht. Außerdem wird auf den Fall des Bauern verwiesen, der seinen Knecht bei Gewitter auf das Feld schickt, damit ihn der Blitz erschlage. Und schließlich wird noch der Fall genannt, in dem jemand

1) BGHSt 16/309 und BGHZ 29/33, 46 und 176; ebenso die österreichische Rspr.: Amtl. Begr. z. öE 68 S. 224 Sp. 2. Zu dieser Rspr. i. b. Schwalm, Engisch-Festschrift S. 549 ff; aus dem Schrifttum vgl. noch Schönke-Schröder, Anm. 8 ff zu § 223.

ein Kind zeugt, das ihn dereinst bei seinen Feinden rächen soll.

Der leitende Gesichtspunkt ist in diesen Fällen immer derselbe: Der vom Veranlasser (Neffe, Bauer, Vater) erwünschte tatbestandliche Erfolg tritt zwar ein, der Erfolgseintritt lag jedoch eindeutig außerhalb seiner realen Einwirkungsmöglichkeiten; das erwünschte und schließlich auch tatsächlich eingetretene Geschehen ließ sich jedenfalls mit den von dem Veranlasser eingesetzten Mitteln nicht beherrschen.

Man ist sich heute darüber einig, daß derartige Fälle nicht strafwürdig sind. Nach geltendem Recht ist es auch nicht schwierig, die Strafflosigkeit des Veranlassers konstruktiv zu begründen. Man braucht dazu nur seine Täterschaft zu verneinen. Und dies ist deshalb möglich, weil dem Veranlasser die Tatherrschaft und - mangels eines Willens zur Tatherrschaft - wohl auch der animus auctoris fehlte.

Angesichts der Einheitstäterlösung sind die Tatherrschaft und der animus auctoris jedoch keine Tätermerkmale mehr. Ihr Fehlen vermag daher auch nicht die Täterschaft und damit die Strafbarkeit auszuschließen. Der Einheitstäterbegriff erhebt vielmehr bei Zugrundelegung der Bedingungstheorie jede (vorsätzliche) Erfolgsverursachung zur Täterschaft. Es könnte daher leicht den Anschein haben, als führe er in diesen Fällen zu einer Strafbarkeit, die hier anerkanntermaßen fehl am Platze wäre.

Dazu ist zu bemerken, daß die Strafflosigkeit dieser Fälle de lege lata meist gar nicht auf das Fehlen der Tatherrschaft bzw. eines animus auctoris zurückgeführt wird¹. Meist wird dieses Ergebnis damit begründet, daß es am Deliktsvorsatz des Veranlassers fehle, weil dieser den Eintritt des Erfolges nur wünschen und hoffen, nicht aber im Rechtssinne wollen konnte².

1) Die Strafflosigkeit des Veranlassers wird nur von Gallas (Deutsche Beiträge S. 17) und Less (JZ 1951/552) mit der fehlenden Tatherrschaft des Veranlassers begründet.

2) Kohlrausch-Lange Anm. III 1 a; Frank Anm. IX 2 und Mezger in Leipz. Komm., Anm. 19 a zu § 59; Welzel, Strafrecht S. 66; v. Liszt-Schmidt S. 254

Die überwiegende Lehre leugnet sogar die Kausalität des Veranlassers für den tatbestandlichen Erfolg, indem sie - zumindest in Fällen dieser Art - nicht der Äquivalenztheorie folgt, sondern es auf die Adäquanz bzw. Sozialadäquanz abstellt¹.

Wenn aber der Veranlasser mangels Vorsatzes bzw. mangels Kausalität nicht strafbar ist, wird man ihn auch angesichts der Einheitstäterlösung mit eben dieser Begründung straf-frei lassen können. Die Gefahr einer unangebrachten Strafbarkeit dürfte in den oben aufgeführten Fällen daher nicht bestehen.

3. Fälle der sog. notwendigen Teilnahme.

Im folgenden soll die Fallgruppe erörtert werden, die im allgemeinen unter der Bezeichnung "notwendige Teilnahme" abgehandelt wird. Hierzu einige Beispiele:

- a) H bestimmt einen Wucherer dazu, ihm ein wucherisches Darlehen zu geben (§ 302 a).
- b) Gläubiger H nimmt die ihm vom Gemeinschuldner zugescho-benen Sachen bereitwilligst an (§ 241 KO).
- c) H fleht seinen Arzt an, ihn von seinem Leiden zu erlö-sen. Der daraufhin von dem Arzt vorgenommene Tötungsversuch schlägt allerdings fehl (§ 216 Abs. 2).
- d) Die 17-jährige H verleitet ihren Freund dazu, sie durch List ihren Eltern zu entziehen (§ 235).

Alle diese Hintermänner H sind vom Wortlaut der geltenden Teilnahmevorschriften erfaßt. Sie haben nämlich "einen anderen zu der von demselben begangenen mit Strafe bedrohten Hand-lung ... bestimmt" (§ 48) bzw. "dem Täter zur Begehung einer

1) Maurach AT S. 172; Bockelmann, Strafrechtliche Unter-suchungen S. 61 Anm. 71; H. Mayer, Strafrecht 1953 S. 135; Baumann, Strafrecht S. 214; Jescheck, Lehrbuch S. 194; Roxin S. 456/457; von Hippel II S. 146

als Verbrechen oder Vergehen bedrohten Handlung ... Hilfe geleistet" (§ 49). Ihr Handeln gilt jedoch als nicht strafwürdig, und tatsächlich werden sie auch nicht bestraft. Es fragt sich deshalb, ob auch die Einheitstäterlösung in diesen Fällen den Freispruch ermöglicht.

Unproblematisch sind die Fälle a und c, in denen sich die Tatbestände des BT so formulieren lassen, daß die H schon vom Wortlaut der Tatbestände her als mögliche Täter ausscheiden. Wenn es z. B. im Wucherparagrafen des § 173 öE 68 heißt: "Wer die Zwangslage ... eines anderen ... ausbeutet ...," so ist damit der Bewucherte als möglicher Täter ausgeschlossen; bei ihm handelt es sich eben nicht um die Zwangslage eines anderen. Dasselbe gilt für die in § 87 öE 68 geregelte Tötung auf Verlangen. § 87 lautet: "Wer einen anderen auf dessen Verlangen tötet ..." Da es im Fall c um H's eigene Tötung geht und nicht um die eines anderen, kann H nicht Täter sein. H wäre demnach freizusprechen, denn wer nicht Täter sein kann, geht auf der Grundlage der Einheitstäterschaft straffrei aus.

In den Beispielsfällen b und d dagegen sind die Hintermänner H nicht durch den Wortlaut der Tatbestände als mögliche Täter ausgeschlossen. Nun gehen diese H nach geltendem Recht aber deshalb straflos aus, weil sie "notwendige Teilnehmer" sind. Dabei stößt sich niemand daran, daß das Tun der H sehr wohl unter den Wortlaut des §§ 48 und 49 fällt. Diese Vorschriften werden vielmehr einschränkend interpretiert, wobei die Straflosigkeit der notwendigen Teilnahme mit dem Wesen der entsprechenden Delikte erklärt wird¹.

1) Vgl. Welzel, Strafrecht S. 121 unten / S. 122 oben

Was es mit diesem "Wesen" auf sich hat, wird klar und deutlich, wenn man auf die Ursprünge dieser Lehre zurückgeht. Schon RGSt 18/273, 281 wollte den Bewucherten, der einen anderen zur Hingabe eines wucherischen Darlehens veranlaßte, straffrei lassen. Dabei stellt das Reichsgericht ausdrücklich fest, daß der Bewucherte vom Wortlaut der Teilnahmevorschriften durchaus erfaßt sei. Gleichwohl aber engt es die Strafbarkeit gegenüber dem Gesetzeswortlaut ein, weil "eine Bestrafung des Bewucherten nicht gewollt" sei.

Wenn man aber unter Berufung auf das Wesen des Wucherparagraphen bzw. auf den Willen des Gesetzes den Gesetzeswortlaut einschränkend interpretieren kann, dann wird man diese einschränkende Interpretation auch angesichts der Einheitstäterlösung vornehmen können. Daher wird auch hier der Fall b straflos bleiben können, selbst wenn das Gesetz an sich eine Bestrafung nahelegte.

Im Falle d bleibt H nach geltendem Recht straflos, weil § 235 gerade ihren Schutz bezweckt¹. Wenn diese Begründung zur Straflosigkeit ausreicht, obwohl das Tun der H durchaus dem Buchstaben des § 48 entspricht, dann sollte diese Begründung auch bei der Einheitstäterlösung zur Straflosigkeit der H führen.

Es ist daher nicht zu befürchten, daß die Einheitstäterlösung in den Fällen der sog. notwendigen Teilnahme ungerechtfertigte Bestrafungen nach sich zöge. Es erscheint deshalb nicht unbedingt nötig zu sein, allgemeine Vorschriften über die Behandlung der sog. notwendigen Teilnahme in den AT des StGB einzuführen, wie es etwa die Preußische Denkschrift beabsichtigte². Der öE 68 hat denn auch nur einige zweifelhafte Fälle im BT geregelt, ibs. die auch in Deutschland strittigen Fälle, in denen notwendige Teilnehmer in rollenüberschreitender Weise tätig werden³.

1) H.M.: z.B. RGSt 18/281; a.A. Maurach BT S. 126

2) S. 132

3) Z.B. § 177 Abs. 2 (Gläubigerbegünstigung) und § 214 Abs. 5 (Entziehung Minderjähriger)

4. Eigenhändige Delikte

Angenommen sei folgender Fall: H besorgt seiner Tochter Antikonzeptionsmittel, so daß diese unbesorgt mit ihrem Freund verkehren kann. H hat damit vorsätzlich die Beischlafshandlung seiner Tochter und deren Freund verur- sacht. Es könnte daher den Anschein haben, als würden ihm diese Handlungen auf Grund der Einheitstätervorschrif- ten zugerechnet. Bei einer derartigen Zurechnung wäre die Sachlage so anzusehen, als hätte H selbst mit seiner Toch- ter den Beischlaf vollzogen. Zimmerl kommt denn auch zu dem Ergebnis, daß die Einheitstäterlösung in diesen Fäl- len zu einer Bestrafung des H wegen Blutschande führe¹.

Es ist evident, daß eine Bestrafung des H wegen Blut- schande fehl am Platze wäre. Um derartige Ergebnisse zu vermeiden, wurde daher dem § 13 Abs. 1 öE 64, der sich in- haltlich völlig mit § 13 Abs. 1 öE 68 deckt, folgender Ab- satz 2 angefügt:

"Hängt jedoch das Unrecht der Tat davon ab, daß die beson- deren persönlichen Eigenschaften oder Verhältnisse beim unmittelbaren Täter vorliegen, so ist die Strafdrohung nur dann anzuwenden, wenn das der Fall ist."

Der öE 68 hat diese Bestimmung ersatzlos gestrichen. Die Amt- liche Begründung hält sie für entbehrlich, weil § 13 Abs. 1

1) ZStrW 49 (1929)/44

nichts darüber besage, ob die Ausführungshandlung just von qualifizierten Personen vorgenommen werden müsse oder ob die Qualifikation irgendeines Beteiligten für die Haftung aller Mitwirkenden genüge¹. Wenn man es so sieht, dann ist in obigem Beispiel nicht schon die Eigenschaft als Verwandter das besondere persönliche Merkmal des Tatbestandes, sondern erst die Eigenschaft als ein Verwandter, der den Beischlaf mit einem Verwandten ausführt. Da es hieran fehlt, kann keiner der Beteiligten wegen Blutschande bestraft werden. So betrachtet bedarf es einer Vorschrift wie der des § 13 Abs. 2 öE 64 in der Tat nicht. Immerhin aber würde eine solche Vorschrift auch dem letzten Zweifler die Gewißheit verschaffen, daß die Einheitstäterlösung bei eigenhändigen Delikten nicht zu ungerechten Bestrafungen führt.

5. Fälle, die nur bei vorsätzlichem Handeln des Qualifizierten strafwürdig sind.

Ausgangspunkt der Überlegungen sei folgender Fall: H hat dem X gegen Ausstellung eines Schuldscheines 100 DM geliehen. Als bald ändert H die angegebene Summe auf 1000 DM und klagt diesen Betrag ein. Durch den geschickt gefälschten Schuldschein läßt sich der Richter A täuschen und verurteilt X zur Rückzahlung von 1000 DM.

Die Strafbarkeit des H wegen Prozeßbetruges und Urkundenfälschung soll hier nicht weiter interessieren. Hier soll es allein darum gehen, ob H wegen Rechtsbeugung (§ 336) verantwortlich ist. Es ist heute fast einhellig anerkannt, daß es von der Strafwürdigkeit her verfehlt wäre, denjenigen, der einen gutgläubigen Richter zu einer objektiv falschen Entscheidung veranlaßt, nach § 336 haftbar zu machen². Es würde daher zu einer Überspannung der Strafbarkeit führen,

1) S. 82 Sp. 1

2) An eine Bestrafung nach § 336 denken wohl nur Kohlrausch-Lange, Anm. C II vor § 47 (S. 165 unten), Lampe ZStrW 77 (1965)/307 und - sehr vorsichtig formulierend - Engisch, Festschrift für Eb. Schmidt, S. 118; dagegen lehnen selbst sonstige Befürworter einer Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat eine derartige Bestrafung ab (Roxin S. 430; Franzheim S. 49; Mezger in Leipz. Komm., Anm. 5 e zu § 50)

wenn H auf Grund der Einheitstäterschaft wegen Rechtsbeugung strafbar wäre.

Es könnte aber scheinen, als hätte die Einheitstäterlösung eine Strafbarkeit des H wegen Rechtsbeugung zur Folge. Wie oben unter E I 3 gezeigt wurde, stellt auch die vorsätzliche Verursachung unvorsätzlicher Tatausführung einen Fall der Beteiligung dar. Das legt die Annahme nahe, daß somit Ausführungshandlung und Qualifikation des Richters A dem H zuzurechnen seien. So betrachtet lägen in der Person des vorsätzlich handelnden H alle Verbrechensmerkmale der Rechtsbeugung vor, so daß H nach § 336 bestraft werden müßte.

Nun wird allerdings vielfach gelehrt, daß der Vorsatz, das Recht fehlerhaft anzuwenden, bei der Rechtsbeugung subjektives Unrechtselement sei¹. Wenn das der Fall ist, kann H auch bei Zugrundelegung der Einheitstäterlösung nicht nach § 336 bestraft werden. Dann nämlich weist § 336 zwei besondere persönliche Merkmale auf, die Qualifikation als Richter usw. und ein subjektives Unrechtselement. Wenn aber ein Tatbestand zwei besondere persönliche Merkmale aufweist, erfolgt nach den Ausführungen unter E II 5 eine Zurechnung nur dann, wenn ein Beteiligter alle diese Merkmale hat. Daran würde es in obigem Fall fehlen, weil weder H noch A sowohl die Qualifikation als auch das subjektive Unrechtselement besitzen. Damit unterbliebe die Zurechnung, mit der Folge, daß H auch angesichts der Einheitstäterlösung nicht wegen Rechtsbeugung bestraft werden könnte.

Und es wird richtig sein, in dem Vorsatz, das Recht fehlerhaft anzuwenden, ein subjektives Unrechtselement zu sehen. Das Unrecht der Rechtsbeugung liegt nämlich - wie die Amtliche Begründung zum E 62² darlegt - in erster Linie in der Pflichtverletzung des Richters, die das Vertrauen der Allgemeinheit in eine unparteiische Rechtspflege untergräbt.

1) Franzheim S. 49; Mezger, LK Anm. 5 e zu § 50; H. Mayer, Rittler-Festschrift S. 270

2) S. 644 Sp. 1

Das zeigt, daß § 336 gar nicht so sehr der Verhütung objektiv falscher Urteile dient; er soll vielmehr verhindern, daß Richter gegen ihre innere Rechtsüberzeugung entscheiden. So ist bei wissentlichen Gesetzesverletzungen selbst dann Rechtsbeugung möglich, wenn dadurch eine objektiv richtige Endentscheidung verursacht wird¹. Die Rechtsgüter, die durch Fehlurteile beeinträchtigt werden, erhalten ihren Schutz schon durch die Tatbestände des § 263, 239, 164, 153 ff, 187 usw. § 336 wäre daher als eine Bestimmung, die alle diese verschiedenartigen Rechtsgüter noch einmal schützte und die beträchtliche Unterschiede in der Unrechtsqualität und -quantität derartiger Beeinträchtigungen nivellieren würde, nicht sinnvoll². Im übrigen dürfte die hohe Strafuntergrenze des § 336 zeigen, daß das Unrecht der Rechtsbeugung sich nicht aus dem durch die konkrete Fehlentscheidung verursachten Unrecht herleitet, sondern aus der Pflichtverletzung des Richters. Was soll sonst eine Mindeststrafe von 1 Jahr ohne Milderungsmöglichkeit, wenn der Rechtsstreit nur um ein paar Pfennige geht! Steht damit fest, daß die Wissentlichkeit der falschen Rechtsanwendung subjektives Unrechtsmerkmal des § 336 ist, so kann H auch bei Zugrundelegung der Einheitstäterlösung nicht wegen Rechtsbeugung belangt werden³.

1) RGSt 57/31; Lackner-Maassen, Anm. 4 zu § 336

2) Roxin S. 430

3) Ähnliche Probleme wie bei der Veranlassung unvorsätzlicher "Rechtsbeugung" treten in den umstrittenen Fällen der Veranlassung zu einem unvorsätzlichen Bruch von Berufsgeheimnissen (Fall BGHSt 4/355) und der Veranlassung zu unvorsätzlicher Blutschande (Fall der Hamburger Bordellwirtin) auf. Auch hier ist es denkbar, daß das Rechtsgut des § 300 bzw. § 173 - wie bei § 336 - nur bei vorsätzlichem Handeln des Intraneus verletzt werden kann.

F. Spezielle rechtspolitische Aspekte der Einheitstäter-
lösung.

I. Wird der Einheitstäterbegriff dem Art. 103 Abs. 2 GG
gerecht?

1. In Art. 103 Abs. 2 GG und in § 2 Abs. 1 StGB ist übereinstimmend niedergelegt, daß eine Tat nur dann bestraft werden kann, wenn die Strafbarkeit bei ihrer Begehung gesetzlich bestimmt war. Die Festlegung des Strafbaren erfolgt in den Tatbeständen der Strafgesetze. Straffrei ist demzufolge all das, was von diesen Tatbeständen nicht erfaßt ist. Diesen Effekt der Straftatbestände bezeichnet man als die negative Garantiefunktion der Tatbestände. Da nur die von den Tatbeständen erfaßten Handlungen bestraft werden können, eröffnen die Tatbestände einen Handlungsbereich, in dem sich der Staat kriminalgerichtlicher Eingriffe in Leben, Körper, Freiheit und Vermögen der Rechtsunterworfenen enthält. Ob es einen derartigen Bereich gibt, in dem man vor kriminalgerichtlichen Eingriffen sicher sein darf, stellt ein Politikum ersten Ranges dar. Da dieser straffreie Handlungsbereich nur durch die Tatbestände gewährleistet ist, ist er nur insoweit gesichert, als die Tatbestände hinreichend exakt abgegrenzt sind. Um die Garantiefunktion der Tatbestände ist es schlecht bestellt, wenn diese nur vage Konturen besitzen. Die Existenz von Tatbeständen und ihre Präzision sind dementsprechend von hoher rechtspolitischer Bedeutung.

Es ist daher ein sehr schwerer Einwand gegen den extensiven Täterbegriff - und damit auch gegen den Einheitstäterbegriff als den extensiven Täterbegriff par excellence -, wenn behauptet wird, er verstoße gegen die negative Garantiefunktion der Tatbestände¹. Am weitesten geht dabei Hermann Bruns².

1) Vor allem Zimmerl ZStrW 49 (1929)/41; Hermann Bruns, Kritik S. 56; H. Mayer, Rittler-Festschrift S. 251; Maurach AT S. 528; Grünhut JW 1932/366 Sp. 2; Pedrazzi S. 10; ähnlich Schmidhäuser, Strafrecht S. 399; a.A. ibs. Lange, Täterbegriff S. 23; Mezger ZStrW 52 (1932)/538; Bähr StrAbh. 331/55 ff; Lony StrAbh. 344/23 ff; Conrad StrAbh. 374/49; Schmidt, Festgabe für Frank Bd. 2 S. 119 Anm. 1; Ammann S. 139; v. Cramer StrAbh. 354/46; Handler, öProtokolle S. 857 und Spasari S. 13

2) Kritik S. 56; ganz ähnlich Bettiol S. 512

Er erklärt, die Lehre von der Einheitstäterschaft¹ übersehe, daß die Tatbestände auch "den Ablauf eines Geschehens", eine "typisierte Interessenverletzung" also, und nicht nur eine "Verletzung typischer Interessen" kennzeichnen. Nach dem Einheitstäterbegriff habe es allenfalls noch einen Sinn, Tatbestände entsprechend der Werthöhe des beeinträchtigten Rechtsgutes aufzustellen, nicht mehr jedoch nach der Art und Weise des Angriffs. Von diesem Standpunkt aus ist es nur konsequent, wenn Hermann Bruns fragt, was denn die Unterscheidung zwischen Diebstahl, Unterschlagung, Untreue, Betrug, Erpressung usw. noch bedeuten solle, wo diese Delikte letztlich doch alle den Verletzten ärmer machen. Diese Gedankenführung zeigt, daß er glaubt, der Einheitstäterbegriff führe zu einer Verwischung der Tatbestände, weil dieser die Art und Weise des Angriffs auf das Rechtsgut nicht zu erfassen vermöge.

Diese Ansicht ist jedoch nicht richtig. In einem Gesetz, das den Einheitstäterbegriff verankert, reicht zur Bestrafung die vorsätzliche Verursachung des Erfolgs allein nicht aus. Auch auf der Grundlage des Einheitstäterbegriffes ist z. B. die vorsätzliche Verursachung einer Vermögensbeschädigung eines anderen solange straflos, solange sie nicht mittels Täuschung (Betrug), Drohung oder Zwang (Erpressung), durch einen zum Schutze des Vermögens Verpflichteten (Untreue) usw. bewirkt wird. Die Einheitstäterschaft schützt die Rechtsgüter also nicht wahllos gegen jedweden Angriff. Auch hier zieht die Verursachung einer Rechtsgutverletzung erst dann Strafe nach sich, wenn sie auf dem Wege über die im Tatbestand ge-

1) Hermann Bruns spricht in seinem Buch immer nur vom "extensiven Täterbegriff". Er versteht darunter jedoch - wie auch die meisten der in Anm. 1 auf S. 213 zitierten Autoren - den Einheitstäterbegriff (zu diesen terminologischen Differenzen vgl. ibs. oben S. 64 Anm. 3).

nannten Modalitäten erfolgt¹. Es kann daher nicht behauptet werden, daß der Einheitstäterbegriff zu einer Verwischung der Tatbestände führe; denn auch hier gibt es einen Rechtsgüterschutz immer nur gegen bestimmt geartete Angriffe, und zwar nur gegen tatbestandliche Angriffe.

Die übrigen Kritiker, die die negative Garantiefunktion der Tatbestände durch den Einheitstäterbegriff bedroht glauben, sehen sehr wohl, daß auch die Einheitstäterschaft immer tatbestandsmäßiges Handeln fordert². Sie bemängeln jedoch, daß die Einheitstäterschaft die Grenzen des Tatbestandsmäßigen so weit ausdehne, daß es fast auf dasselbe hinauskomme, sie ganz aufzuheben. Dem wird von der anderen Seite entgegengehalten, daß § 2 Abs. 1 StGB bzw. Art. 103 Abs. 2 GG im wesentlichen formalen Charakter hätten³. Nach dieser Auffassung besagen diese Vorschriften nur, daß tatbestandliches Handeln die Voraussetzung jeglicher Bestrafung sei, nicht aber wann tatbestandsmäßiges Handeln vorliege.

-
- 1) Gallas (Mat. I S. 123) erkennt das durchaus an. Gleichwohl bemängelt er jedoch, daß beim extensiven Täterbegriff und beim Einheitstäterbegriff "nur der verursachte Erfolg, nicht auch die Art und Weise seiner Herbeiführung einen Unwertakzent erhalten" (ganz ähnlich Grünhut JW 1932/366 Sp. 2 und Salama S. 50). Der Verfasser hat dieser Kritik nie etwas abzugewinnen vermocht. Da der Erfolg beim Einheitstäterbegriff erst dann Substrat der Strafdrohung ist, wenn er mittels der im Tatbestand aufgeführten Modalitäten bewirkt wird, gehören diese Modalitäten auch beim Einheitstäterbegriff zu den Voraussetzungen des Unrechts und sind dementsprechend auch mit einem Unwertakzent belastet. Dieser Einwand ist daher selbst von erklärten Gegnern des Einheitstäterbegriffes zurückgewiesen worden, so etwa von Bähr (StrAbh. 331/58 Anm. 204).
 - 2) Siehe die in Anm. 1 auf S. 213 genannten Autoren, ibs. Zimmerl ZStrW 49 (1929)/41; gegen Herm. Bruns wenden sich vor allem H. Schneider S. 29 Anm. 79, Lony StrAbh. 344/24 und Conrad StrAbh. 374/48.
 - 3) Siehe die in Anm. 1 auf S. 213 unter "a.A." aufgeführten Autoren, ibs. Lony StrAbh. 344/25 und Ammann S. 140

Nun ist es sicherlich so, daß die negative Garantiefunktion der Tatbestände nicht die Frage betrifft, welcher Inhalt den Tatbeständen zukommt¹. Das Problem der Garantiefunktion besteht nämlich nicht darin, ob die Grenzen des Tatbestandsmäßigen enger oder weiter gezogen sind, sondern darin, ob sie scharf gezogen sind. Wenn aber zur Gewährleistung der Garantiefunktion die Grenzen des Tatbestandsmäßigen scharf abgesteckt sein müssen, dann kann die Garantiefunktion der Tatbestände angesichts des Einheitstäterbegriffs nicht schon allein deshalb als gesichert angesehen werden, weil auch bei diesem Täterbegriff tatbestandsmäßiges Verhalten Voraussetzung jeder Bestrafung ist. Man kann vielmehr erst dann annehmen, daß die Einheitstäterschaft mit Art. 103 Abs. 2 GG in Einklang steht, wenn nachgewiesen ist, daß der Bereich, den sie tatbestandsmäßig macht, scharfe Grenzen hat. Wenn daher die Einheitstäterschaft dazu führt, daß der Bereich des von ihr tatbestandsmäßig gemachten Handelns keine eindeutigen Umrisse hat, ist sie abzulehnen.

2. Die Einheitstäterschaft zeichnet sich dadurch aus, daß danach nicht nur die im Wortlaut der Tatbestände umschriebenen Ausführungshandlungen als tatbestandsmäßig zu erachten sind, sondern auch die Handlungen all der Personen, die sich an den Ausführungshandlungen anderer "beteiligen". Der Bereich dessen, was auf Grund der Einheitstäterschaft tatbestandsmäßig ist, hängt demnach von den Begriffen "Ausführung" und "Beteiligung" ab. Der Begriff "Beteiligung" erfährt jedoch - wie oben unter E I 3 dargestellt wurde - recht unterschiedliche Deutungen. Er ließe sich jedoch definieren und somit eindeutig festlegen. Der Gesetzgeber hat es also in der Hand, daß über die Tragweite des Begriffs

1) Die Frage nach dem Inhalt der Tatbestände wurde bereits oben unter E IV, V und VI erörtert. Dabei wurde festgestellt, daß die Einheitstäterlösung zu keinen bedenklischen Ausweitungen der Strafbarkeit führt. Auch hinsichtlich der Selektionsfunktion der Tatbestände schneidet sie kaum schlechter ab als das herkömmliche System. Dazu vgl. oben E III 2 (S. 184), E V (S. 198 Anm.2) und E VI 1 b (S.203).

"Beteiligung" keinerlei Zweifel mehr bestehen können. Von dieser Seite her können somit sämtliche Gefahren für die Garantiefunktion der Tatbestände ausgeschaltet werden. Der andere Begriff, der Begriff "Ausführung"¹, ist recht scharf umrissen. Er entspricht der formal-objektiven Theorie, deren unbestreitbares rechtsstaatliches Plus es gerade ist, daß sie mit dem präzisen Begriff der Ausführung arbeitet. Es zeigt sich demnach, daß man mit dem Einheitstäterbegriff die Grenzen des Tatbestandsmäßigen bei den allgemeinen Delikten sehr genau festlegen kann.

Nicht ganz so klar liegen die Dinge bei den Delikten mit strafbegründenden besonderen persönlichen Merkmalen (E II 6). Es steht aber manchmal nicht genau fest, ob ein derartiges Merkmal vorliegt. So ist etwa bei Gesinnungselementen streitig, ob es sich dabei um strafbegründende Schuldmerkmale oder um subjektive Unrechtsmerkmale handelt². - Bei Sonderdelikten kann - wie etwa bei § 336 (vgl. oben E VI 5) - der (unbedingte) Vorsatz subjektives Unrechtselement sein. Auch hier entscheidet die Gesetzesauslegung. Dasselbe gilt für die eigenhändigen Delikte (E VI 4). - Außerdem muß der Gesetzgeber bei Delikten mit mehreren strafbegründenden persönlichen Merkmalen klar zum Ausdruck bringen, daß eine Zurechnung nur dann erfolgt, wenn mindestens einer der Beteiligten sämtliche dieser Merkmale besitzt. Rechtstechnisch steht dem allerdings nichts im Wege.

Fragt man sich daher, ob die Einheitstäterlösung den Tatbeständen scharfe Grenzen gibt, dann könnten allenfalls die Delikte mit besonderen persönlichen Merkmalen Anlaß

1) Zum Begriff der Ausführung vgl. oben S. 96

2) Vgl. oben A I 1 f. (S. 27)

zu Zweifeln geben. Dabei kann gleich gesagt werden, daß die bei den Gesinnungsdelikten und eigenhändigen Verbrechen bestehenden Schwierigkeiten kein Grund zur Ablehnung der Einheitstäterschaft sind. Mit genau denselben Schwierigkeiten hat man nämlich zu kämpfen, wenn man zwischen Täterschaft und Teilnahme unterscheidet¹.

Es bleibt daher eigentlich nur das Problem, daß der Vorsatz bei Sonderdelikten subjektives Unrechtsmerkmal sein kann. Hier wären um der Rechtssicherheit willen Anhaltspunkte für die Auslegung erforderlich. Zu diesem Zweck könnte etwa die Amtliche Begründung derartiger Normen herausstellen, daß es in diesen Fällen nur darum geht, Pflichtverletzungen der Intranee zu verhindern, und somit klarstellen, daß eine Bestrafung der Beteiligten nur bei vorsätzlichem Handeln der Intranee in Frage kommt. Noch besser allerdings ist es, das vom Gesetzgeber gewollte Ergebnis durch den Text des Gesetzes selbst zu sichern. Dazu eignet sich z. B. die systematische Einordnung einer Vorschrift. Aber auch die Gesetzüberschrift kann dazu dienen. Und schließlich kann man das Ergebnis auch noch durch eine finale oder nichtfinale Fassung des jeweiligen Tatbestandes verzeichnen. Auf diese Weise ist es möglich, dem Gebot der Gesetzesbestimmtheit der Strafbarkeit auch bei dieser Fallgruppe gerecht zu werden. Es soll nicht geleugnet werden, daß diese Fallgruppe ein Interpretationsproblem aufwirft, das bei der Differenzierung von Täterschaft und Teilnahme nicht auftaucht². Dafür hat die herkömmliche Regelung der

1) Vgl. oben A I 1 f (S.27 und A I 1 a cc (S.11)

2) Es sei denn, man kennt eine Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat; auch hier taucht das Problem auf (vgl. ibs. Roxin S. 429 und 430).

Beteiligung bei den Sonderdelikten mit anderen Zweifelsfragen zu kämpfen¹.

Wenn man untersucht, ob die Einheitstäterlösung im Hinblick auf die Garantiefunktion der Tatbestände tragbar ist, wird man sich vor allem auch vor Augen halten müssen, welche Anforderungen man hierbei sonst zu stellen pflegt. Dazu sei auf die unechten Unterlassungsdelikte hingewiesen. Bei diesen Delikten wendet man auf Unterlassungen die Begehungstatbestände an, ohne daß diese Praxis von der Rspr. und h. L. als verfassungswidrig angesehen wird. Das 2. StrRG enthält zwar nunmehr in seinem § 13 eine eigene Vorschrift über das "Begehen durch Unterlassen"; diese Bestimmung läßt aber die letztlich entscheidende Frage offen, wann nämlich jemand für die Abwendung eines tatbestandlichen Erfolgs rechtlich einzustehen hat. Auch sonst hat das 2. StrRG gar manche Bestimmung, die ehemals unter Berufung auf die Rechtssicherheit und Rechtsklarheit nachdrücklich gefordert wurde, einfach unter den Tisch fallen lassen. Darunter sind ihs. die §§ 16, 17, 18, 20, 32 und 39 Abs. 2 E 62 zu nennen.

Besonders interessant ist jedoch angesichts der Einheitstäterlösung, welche Haltung man gegenüber der mittelbaren Täterschaft einnimmt. Auch diese Rechtsfigur erscheint im Hinblick auf die negative Garantiefunktion der Tatbestände nicht lupenrein. Schon oben unter B IV 1 (S. 73) wurde dargestellt, wie die mittelbare Täterschaft den Anwendungsbereich der Tatbestände über deren bloßen Wortlaut hinaus ausdehnt. Jescheck rechtfertigt diese über den Wortlaut

1) Vgl. oben A I 1 a ee und A I 1 d bb

hinausgehende Interpretation der Tatbestände und lehrt:
"Der Tatbestand kann ... auch von solchen Beteiligten erfüllt werden, die zwar eine tatbestandsmäßige Handlung im formellen Sinne nicht vornehmen, aber wertmäßig das gleiche tun¹." Und Gallas erklärt dazu, es sei eben "einer w e r - t e n d e n Auslegung möglich ..., der unmittelbaren Begehung in gewissen Grenzen die mittelbare Begehung ... gleichzusetzen²." Roxin schließlich spricht in diesem Zusammenhang von der "Notwendigkeit, ... den formalen durch einen materiellen Tatbestands- und Täterbegriff zu erweitern³".

Diese Begründungen erscheinen aber doch etwas fragwürdig, wenn man sie unter dem Gesichtspunkt des Art. 103 Abs. 2 GG betrachtet. Bei der Prüfung der Tatbestandsmäßigkeit sollte nämlich möglichst wenig gewertet, sondern möglichst streng subsumiert werden. Wenn die Tatbestände eine Garantiefunktion entfalten sollen, darf ihr formaler Charakter nicht angetastet werden. So gesehen ist es bedenklich, daß durch die mittelbare Täterschaft der formale Tatbestandsbegriff durch einen materiellen Tatbestandsbegriff erweitert wird. Es fehlt jedenfalls an einer eindeutigen gesetzlichen Regelung, daß und in welchen Fällen man jemandem die Handlungen anderer Personen als eigene zurechnen kann. Trotz dieser Zweifelhaftheiten geht man ganz allgemein nicht so weit, die mittelbare Täterschaft als verfassungswidrig abzulehnen.

Immerhin weist jedoch eine ganze Reihe von Autoren darauf hin, daß die Verfassungsmäßigkeit der mittelbaren Täterschaft letztlich doch recht fragwürdig ist⁴. U. a. deshalb hat man in das 2. StrRG eine ausdrückliche Bestimmung über

1) S. 435

2) Mat. I S. 133; ganz ähnlich Sax JZ 1963/338 Sp.1 und Mezger-Blei AT S. 285

3) S. 617

4) Schwalm Nschr. Bd. 2 S. 92; Noll JZ 1963/298 Sp. 2; Ordeig ZStrW 80 (1968)/935 Anm. 44 (besonders scharf); Dreher und Horstkotte, Sonderausschuß S. 1825 Sp. 1 bzw. 1826 Sp. 1; vgl. auch die diesbezüglichen Andeutungen in der Amtl. Begr. z. E 62 S. 149 Sp. 1

diese Rechtsfigur eingefügt (§ 25 Abs. 1 = § 29 Abs. 1 E 62 = § 27 Abs. 1 AE). Danach ist mittelbarer Täter, "wer die Straftat durch einen anderen begeht". Diese Charakterisierung ist jedoch eine Leerformel, welche lediglich besagt, daß man den Tatbestand auch ohne eigenhändige Vornahme der Ausführungshandlung verwirklichen kann. In welchen Fällen aber eine eigenhändige Tatausführung nicht erforderlich ist, läßt sich anhand des bloßen Wortlauts des § 25 Abs. 1 des 2. StrRG wohl schwerlich entscheiden. Bei der Einheitstäterlösung dagegen wird durch die Vorschriften über die Beteiligung nicht nur klargestellt, daß eine fremdhändige Tatbestandsverwirklichung möglich ist; es wird vielmehr auch festgelegt, in welchen Fällen man auch ohne eigenhändige Vornahme der Ausführungshandlung den Tatbestand verwirklicht. Angesichts dieser Sachlage schneidet der Einheitstäterbegriff - was die negative Garantiefunktion der Tatbestände anbetrifft - bestimmt noch recht gut ab.

II. Eignet sich die Einheitstäterlösung für ein Schuldstrafrecht?

1. Die Beziehungen des Einheitstäterbegriffes zum gefährlichkeitsorientierten und "autoritären" Strafrecht

Der Gedanke, die verschiedenen Formen der Beteiligung durch einen umfassenden Täterbegriff abzulösen, wurde vor allem von den Kreisen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung (IKV) propagiert¹, einer Vereinigung, die sich de lege ferenda nachdrücklich für ein konsequentes Gefährlichkeitsstrafrecht einsetzte². Grund und Maßstab der staatlichen Sanktionen ist nach dieser kriminalpolitischen

1) Foinitzki ZStrW 12/55 ff; Nicoladoni und Getz in: Mitteilungen der IKV Bd. V (1896) S. 336 ff bzw. S. 348 ff; weitere Nachweise bei Bähr StrAbh. 331/42 Anm. 135

2) Bekannt wurden diese Bestrebungen vor allem unter den Namen "moderne Schule", "scuola positiva" und "défense sociale".

Richtung gar nicht so sehr das verübte Verbrechen als vielmehr die in der deliktischen Tätigkeit zutage tretende Sozialgefährlichkeit des Delinquenten. Das Verbrechen hat danach nur noch insoweit Bedeutung, als es diesen Zustand der Persönlichkeit des Delinquenten enthüllt.

Historisch sind auch gewisse Verbindungen zwischen der Einheitstäterlösung und dem "autoritären" Strafrecht erkennbar geworden. So ist es interessant zu sehen, daß der faschistische Gesetzgeber des italienischen Codice penale von 1930 den Einheitstäterbegriff einführen wollte¹. Auch einige wichtige Vertreter des "autoritären" Strafrechts im nationalsozialistischen Deutschland befürworteten die Einführung der Einheitstäterschaft im Strafrecht², wobei die Begründungen durchaus danach klingen, als ob diese Rechtsfigur eine Konsequenz des angestrebten "autoritären" Strafrechts sein würde³.

2. Ist die Einheitstäterlösung die Konsequenz eines gefährlichkeitsorientierten oder "autoritären" Strafrechts?

Die gegenwärtige Strafrechtserneuerung steht im Zeichen des Schuldstrafrechts⁴. Was Ausdruck eines "autoritären" oder rein spezial-präventiv ausgerichteten Rechtsdenkens ist,

1) Vgl. oben C III (ibis. S. 112 und 113)

2) Preußische Denkschrift S. 131; Noack, Deutsches Recht 1934/51; v. Dohnanyi S. 99

3) Vgl. Preußische Denkschrift S. 117 und Grau DJ 1935/297. Bei v. Dohnanyi (S. 99) wird das Bekenntnis zum Einheitstäterbegriff letztlich sogar aus der nationalsozialistischen Weltanschauung hergeleitet. Gegen derartige Behauptungen schon damals: Lange DJ 1936/687 Sp. 2; Zimmerl ZStrW 54 (1935)/577; Bolwien S. 16/17 und Conrad StrAbh. 374/2

4) Amtl. Begr. z. E 62 S. 96 Sp. 1; § 46 des 2. StrRG; dieses Schuldprinzip hat sogar Verfassungsrang: Schwalm JZ 1970/489 unter Hinweis auf BVerfGE 20/323, 331

läuft daher der gegenwärtigen kriminalpolitischen Konzeption zuwider und muß für die Reform ausscheiden. Die Art aber, mit der manche Gegner der Einheitstäterlösung auf die Beziehungen des Einheitstäterbegriffes zu täterstrafrechtlichen und autoritären Bestrebungen hinweisen¹, erweckt den Eindruck, als sei der Einheitstäterbegriff auf diese inakzeptablen kriminal-politischen Zielsetzungen hin zugeschnitten und daher für das neue StGB unbrauchbar. Es gilt daher nachzuprüfen, was es mit diesen Beziehungen auf sich hat.

Recht aufschlußreich ist der Verlauf der unter den Nationalsozialisten in Angriff genommenen Strafrechtsreform. Wer den Gang dieser Reform aufmerksam verfolgt, der wird erkennen, daß der Einheitstäterbegriff keineswegs Ausdruck des "autoritären" Strafrechts ist. Die Amtliche Strafrechtskommission sprach sich zwar in 1. Lesung ausdrücklich - wie schon zuvor die Preußische Denkschrift - für einen umfassenden Täterbegriff aus². Bei der 2. Lesung erkannte die Kommission jedoch, daß sie entgegen ihrem verbalen Bekenntnis zum Einheitstäterbegriff in Wirklichkeit einen Gesetzesvorschlag geschaffen hatte, der einen restriktiven Täterbegriff verankerte³. Man beließ es aber dann bei diesem Ergebnis, und zwar ganz bewußt⁴. Wer also geneigt wäre, in der Einheitstäterlösung die auf ein "autoritäres" Strafrecht

1) Bezüglich des autoritären Strafrechts: Latagliata, Enciclopedia S. 570 Sp. 2 (unter Berufung auf de Marsico) und I principi S. 49 ff, ibs. S. 51; in ähnlichem Sinne - wenn auch vorsichtiger - äußern sich Jescheck, Lehrbuch S. 429 und Bettiol S. 517.

Bezüglich des Täterstrafrechts: Gallas (Nschr. Bd. 2 S. 67 und ibs. in: Beiträge zur Verbrechenslehre S. 163); Bockelmann, Deutsche Beiträge S. 47; Jescheck, Lehrbuch S. 429; Bähr StrAbh. 331/ 41, 42

2) Vgl. oben B VI (S. 83 und 84)

3) v. Dohnanyi S. 109, 110

4) v. Dohnanyi S. 114; vgl. auch den § aa der 2. Lesung (v. Dohnanyi S. 115)

zugeschnittene Lösung der Beteiligungsfrage zu erblicken, wird angesichts dieser Entscheidung der Nationalsozialisten gegen den Einheitstäterbegriff widerlegt.

Und wer den Einheitstäterbegriff als eine gefährlichkeitsstrafrechtliche Erscheinung abtun will, täte gut daran, den Vorentwurf zu einem italienischen StGB von 1921, den sogenannten Entwurf Ferri, zu studieren. Dieser Entwurf, die wohl berühmteste und zugleich radikalste Kodifizierung eines Gefährlichkeitsstrafrechts, lehnt nämlich die Einheitstäterschaft ab. In seinem Art. 17 Abs. 1 unterscheidet er zwischen Tätern ("autore" bzw. "coautore") und Gehilfen ("complice"), denn nach der Amtlichen Begründung ist es "nicht zweckmäßig, daß das Strafgesetz ... jeden Beteiligten schematisch als (mittelbaren oder unmittelbaren) Täter des Verbrechens ansieht, wie einige Kriminalisten (Foinitzki, Getz, u. a.) es lehren"¹.

Es zeigt sich also, daß der Einheitstäterbegriff durchaus nicht der typische Täterbegriff des spezial-präventiven bzw. "autoritären" Strafrechts ist. Der Hinweis auf gewisse historische Beziehungen des Einheitstäterbegriffs zu jenen Bestrebungen kann deshalb nicht ausreichen, diese Rechtsfigur als einen Sproß jener für die gegenwärtige Strafrechtsreform inakzeptablen kriminalpolitischen Richtungen abzuqualifizieren.

Rechtspolitisch war es vielmehr immer wieder der leidige Streit um die richtige Abgrenzung der Beteiligungsformen, der den Ruf nach dem Einheitstäterbegriff laut werden ließ. Die schwierigen Abgrenzungen sind ihs. dann suspekt, wenn

1) Amtl. Begr. S. 37. Im deutschen Schrifttum wird der E Ferri allerdings fälschlicherweise immer wieder als ein Musterbeispiel der Kodifizierung der Einheitstäterlösung hingestellt (Jescheck SchwZStr 71 (1956)/227; Blau, Deutsche Beiträge S. 86/87; Heinitz, Festschrift S. 96; richtig dagegen Bettiol S. 512 Anm. 6).

man letztlich doch alle Beteiligten aus demselben Strafraahmen strafen will. Mit der Einheitstäterlösung gelangt man ohne weiteres zu dieser Gleichstellung aller Beteiligten im Strafraahmen, während die komplizierten Mitwirkungsformen verschwinden. Es ist daher nicht verwunderlich, daß vor allem diejenigen zur Einheitstäterlösung neigen, die für sämtliche Mitwirkenden denselben Strafraahmen vorsehen wollen¹.

Wenn man sich das vor Augen hält, wird schnell klar, warum sich so mancher Anhänger des gefährlichkeitsbetonten bzw. „autoritären“ Strafrechts für den Einheitstäterbegriff erwärmte. Diese beiden Richtungen tendieren nämlich dazu, sämtliche Formen der Beteiligung für annähernd gleich strafwürdig zu erachten und deshalb aus demselben Strafraahmen zu bestrafen. Besonders deutlich ist das beim Gefährlichkeitsstrafrecht; denn die Form der Beteiligung ist - wie die Amtl. Begr. z. Entwurf Ferri anhand von Beispielen aufzeigt² - kein brauchbarer Maßstab für die Gefährlichkeit. Es ist daher nur konsequent, wenn die Befürworter des Gefährlichkeitsstrafrechts dafür plädieren, alle Beteiligten grundsätzlich dem gleichen Strafraahmen zu unterstellen³. - Das „autoritäre“ Strafrecht wird vor allem vom Abschreckungsgedanken beherrscht⁴. Auch hieraus ergibt sich eine gewisse Neigung, keine der Beteiligungsformen zu privilegieren, sondern für sämtliche Beteiligte den

1) Diese Überlegung war auch ein wichtiger Grund für die Verankerung des Einheitstäterbegriffes im OWiG und im öE 68 (Amtl. Begr. z. OWiG S. 48 Sp. 1; Amtl. Begr. z. öE 68 S. 79).

2) S. 38

3) Selbst dort, wo im Falle der Beteiligung ein milderer Strafraahmen zur Verfügung steht, ist die Strafmilderung nicht auf bestimmte Formen der Beteiligung beschränkt. So erlaubt etwa Art. 17 Abs. 2 des E Ferri auch eine Strafmilderung für den Täter i. eng. S. oder für den Anstifter (ebenso § 58 des norwegischen StGB v. 22.5.1902).

4) Ein sprechendes Beispiel hierfür sind die Art. 116, 117 und 119 c. p. i.

gleichen Strafraumen vorzusehen¹.

3. Ergebnis

Ob die Einheitstäterlösung für die gegenwärtige Reform brauchbar ist oder nicht, hängt weniger davon ab, ob sie den Gleichstellungstendenzen des gefährlichkeitsorientierten bzw. des „autoritären“ Strafrechts zu entsprechen vermag, sondern vielmehr davon, ob sie dem angestrebten Schuldstrafrecht gerecht werden kann. Nach dem Schuldstrafrecht entscheidet über die Höhe der Strafe das Maß der Schuld. Nun ist es aber heute allgemein anerkannt, daß die verschiedenen Formen der Mitwirkung nicht alle denselben Schuldgehalt aufweisen. Man ist sich ihs. klar darüber, daß die Fälle der Beihilfe im allgemeinen milder zu beurteilen sind als die übrigen Fälle der Mitwirkung². Soll der Einheitstäterbegriff mit dem Schuldstrafrecht vereinbar sein, so muß man diesen Schuldunterschieden Rechnung tragen können. Diese können aber bei der Strafzumessung berücksichtigt werden. Der Einheitstäterbegriff sagt nämlich nichts darüber aus, nach welchen Gesichtspunkten die Strafzumessung zu erfolgen hat. Genauso wie er es zuläßt, daß hierüber der Gesichtspunkt der allgemeinen Abschreckung (autoritäres Strafrecht) oder die individuelle Gefährlichkeit des Delinquenten (Täterstrafrecht) entscheidet, läßt er es auch zu, daß die Strafe nach dem Maß der Schuld ausgemessen wird.

Nun wird aber vielfach gesagt, daß eine Differenzierung der Beteiligungsformen schon deshalb erforderlich sei, weil man für die Beihilfe einen mildereren Strafraumen zur

-
- 1) Einen gleichen Strafraumen für alle Beteiligten normiert auch das für den gesamten Ostblock richtungsweisende StGB der Russischen Sozialistischen Föderativen Sowjet-Republik v. 27.10.1960: Art. 17.
 - 2) Auch die Gesetzgeber des OWiG und des öE 68, die sämtliche Beteiligte demselben Strafraumen unterwerfen, geben das zu (Amtl. Begr. z. OWiG S. 48 Sp. 2 und Amtl. Begr. z. öE 68 S. 79 Sp. 1).

Verfügung stellen müsse¹. Es fragt sich jedoch, ob dies eine Forderung des Schuldstrafrechts ist. Das Schuldstrafrecht verlangt nämlich nur, daß Schuldunterschiede ausreichende Berücksichtigung finden müssen. Dieser Anforderung kann man jedoch durchaus dadurch gerecht werden, daß man weite Strafraumen schafft, die eine schuldangemessene Bestrafung jeder Art der Beteiligung ermöglichen, anfangen von der leichtesten bis hin zur schwersten Form der Beteiligung. Wenn daher das Schuldstrafrecht keine Abstufung der Strafraumen für gewisse Beteiligte erzwingt, kann man auch nicht unter Berufung auf ein derartiges Abstufungsbedürfnis eine Differenzierung von Täterschaft i. eng. S., Anstiftung und Beihilfe verlangen. Es ist daher nicht zu ersehen, wieso der Einheitstäterbegriff für ein Schuldstrafrecht unbrauchbar wäre. So steht denn auch der öE 68 trotz der von ihm normierten Einheitstäterlösung auf dem Boden des Schuldstrafrechts² und Tatstrafrechts³.

4. Kann man die herkömmlichen Beteiligungsformen dogmatisch übergehen?

Es wird allerdings bestritten, daß man die bisherigen Beteiligungsformen tatsächlich zum Verschwinden bringen könne, und zwar selbst dann nicht, wenn man sämtliche Formen der Mitwirkung demselben Strafraumen unterwerfe. Da die Beihilfe ihrem generellen Schuldgehalt nach anerkanntermaßen milder zu beurteilen sei als die anderen Arten der Beteiligung, müsse man sich spätestens bei der Strafzumessung darüber klar werden, wodurch sie sich von den übrigen Beteiligungsformen unterscheide. Damit würden aber - durch die Hintertür der Strafzumessung - doch wieder die alten, mit dem Einheitstäterbegriff unverein-

1) Gallas Mat. I S. 144; Eb. Schmidt Nschr. Bd. 2 S. 95 und Welzel Nschr. Bd. 2 S. 99

2) § 4 Abs. 1 und 3, § 35 Abs. 1 und 3; Amtl. Begr. S. 56 Sp. 2, 64 Sp. 2, 122 Sp. 1, 123 Sp. 2

3) Amtl. Begr. S. 56 Sp. 2

baren Unterscheidungen Einzug halten¹. Diese Argumentation ist ein wichtiger Einwand gegen den Einheitstäterbegriff. Es gilt daher, sie genau zu untersuchen. Dabei stößt man bald darauf, daß sie mindestens auf zwei ungenannten Prämissen beruht.

a) Einmal geht sie stillschweigend davon aus, daß man die Fälle geringeren Schuldgehalts dadurch ermittelt, daß man prüft, ob ein Fall der Beihilfe vorliegt oder nicht. Es ist jedoch sehr fraglich, ob die Gedankenfolge in praxi wirklich so ist. Es kann nämlich auch genau umgekehrt sein, daß man nicht von der Beteiligungsform auf den Schuldgehalt, sondern von dem sonst irgendwie ermittelten Schuldgehalt auf die Beteiligungsform schließt.

Wir haben oben unter A II 2 c gesehen, daß die Unterscheidungen zwischen Täterschaft und Beihilfe - vor allem nach den subjektiven Theorien, aber auch nach den materiell-objektiven Theorien - weitgehend mit Hilfe einer Ganzheitsbetrachtung gewonnen werden, bei der Strafwürdigkeitserwägungen eine große Rolle spielen. Das bedeutet, daß man sich vielfach zuerst eine Meinung über den Schuldgehalt einer Beteiligungshandlung bildet und erst dann auf Grund dieser Wertung die entsprechende Beteiligungsform "feststellt".

Wenn aber das Urteil über den Schuldgehalt, der für die Strafzumessung entscheidend ist, schon feststeht, bevor die rechtliche Einordnung der Beteiligung in die Kategorien Täterschaft und Beihilfe erfolgt, dann braucht man diese Einordnung für die Strafzumessung nicht. Da diese Beteiligungsformen angesichts der Einheitstäterlösung nicht mehr im Gesetz zu finden wären, wäre der Richter

1) So ibs. die von Schwalm (Nschr. Bd. 2 S. 90) vorgetragene Auffassung der Strafrechtsabteilung des Bundesjustizministeriums; ferner Gallas (Mat. I S. 144 und Nschr. Bd. 2 S. 95); Bockelmann und Jescheck (Nschr. Bd. 2 S. 99 bzw. 98) und Cramer (NJW 1969/1970 Sp. 2 und 1974 Sp. 2).

nicht mehr gezwungen, seine Wertung durch die "Feststellung" irgendeiner Beteiligungsform mit dem Buchstaben des Gesetzes in Übereinstimmung zu bringen. Er könnte es sich ersparen, auf die alten Unterscheidungen einzugehen, und die wahren Gründe nennen, die ihn bei seiner Wertung geleitet haben. Solange man also bei der Differenzierung der Beteiligungsformen mit Ganzheitsbetrachtungen arbeitet - und das ist in weitem Umfange der Fall -, geht der obige Einwand daher von vornherein fehl.

b) Außerdem basiert die obige Argumentation stillschweigend auf der These, daß sich die bei der Beteiligung bestehenden Grade der Schuld genau in den herkömmlichen Beteiligungsformen widerspiegeln. Nur dann nämlich, wenn sich diese Schuldgrade genau mit den geläufigen Beteiligungsformen decken, kann es denkbar sein, daß man angesichts der am Grad der Schuld zu orientierenden Strafzumessung tatsächlich prüfen muß, ob es sich bei dem fraglichen Beteiligten um einen Täter i. eng. S., einen Anstifter oder einen Gehilfen gehandelt hat.

Es müßte daher zuerst einmal festgestellt sein, ob die herkömmlichen Beteiligungsformen die Grade der Schuld tatsächlich genau widerspiegeln¹. Das darf man durchaus nicht so ohne weiteres als feststehend annehmen. Schließlich gelten die Täterschaft, die Anstiftung und die Beihilfe nach weit verbreiteter Auffassung als ontologisch vorgegebene Rechtsfiguren², sind also beileibe nicht vom Maß der Schuld her entwickelt worden. Warum hat man denn etwa im Badewannenfall (RGSt 74/85) bzw. im Falle Stachinski (BGHSt 18/87) Personen, die doch offensichtlich Täter i. eng. S. waren, zu Gehilfen herabgestuft? Das wäre doch nicht nötig gewesen, wenn die herkömmlichen Differenzierungen die Grade der Schuld wirklich genau erfassen würden.

1) Vgl. ibs. auch unten F III 3 c

2) So vor allem auch die Verfechter der obigen Argumentation: Sturm S. 1822 Sp. 1; Gallas Nschr. Bd. 2 S. 67 und Jescheck, Lehrbuch S. 429

Man wird daher keinesfalls so einfach davon ausgehen können, daß sich die bei der Beteiligung existierenden Grade der Schuld exakt mit den Begriffen der Täterschaft i. eng. S., der Anstiftung und der Beihilfe decken. Auch diese Prämisse der obigen Argumentation erscheint somit fragwürdig, wiederum ein Umstand, der den Wert dieses gegen den Einheitstäterbegriff vorgetragenen Einwands zweifelhaft macht. Diese Argumentation zählte aber - wie den Fundstellen zu entnehmen ist - zu den entscheidenden Gründen, die bei der Strafrechtsreform zur Ablehnung der Einheitstäterlösung führten. Es ist daher sehr bedauerlich, daß die Ämtliche Begründung zum OWiG, die sich ja nun zum Einheitstäterbegriff bekennt, mit keinem Wort auf diese Argumentation eingeht, obwohl sie durchaus auch den Fall des OWiG trifft, das alle Beteiligten aus demselben Bußgeldrahmen haften läßt. Es fragt sich daher, ob es wirklich so aus der Luft gegriffen ist, wenn Cramer angesichts dieser unterschiedlichen Einstellung des 2. StrRG und des OWiG gegenüber dem Einheitstäterbegriff meint, im Gesetzgebungsverfahren wisse anscheinend die eine Hand nicht, was die andere tue¹.

III. Erlaubt die Einheitstäterlösung eine brauchbare Abstufung der Strafraumen?

1. Geht es an, sämtliche Beteiligte demselben Strafraumen zu unterwerfen?

a) Nach welchen Kriterien ist diese Frage zu beantworten?

Viele Bedenken werden dagegen vorgetragen, alle Beteiligte demselben Strafraumen zu unterstellen. Es wird geltend gemacht, daß der Gesetzgeber damit die Wertung der Beteiligungsarten dem Richter überlasse. Wertungsfragen aber

1) NJW 1969/1930 Sp. 2; vgl. dazu die scharfe Entgegnung von Dreher NJW 1970/217 ff

seien vom Gesetzgeber zu beantworten und nicht der Entscheidung des Richters anheimzustellen. Die Bestrafung aller Beteiligten aus demselben Strafraum führe daher zu einer Verschiebung der Verantwortung auf den Richter. Dies aber widerspreche dem Gebot der Rechtsstaatlichkeit und damit dem Geist des neuen Strafrechts¹.

Dieses Argument zählt zu den wichtigsten der gegen die Einheitstäterlösung vorgebrachten Einwände. Es war einer der Hauptgründe gegen die Einführung des Einheitstäterbegriffes in das neue Strafgesetzbuch. Man könnte sich allerdings fragen, ob dieses Argument letztlich nicht eine bloße "Augenwischerei" darstellt. Eine Bindung des Richters durch das Gesetz kann man nämlich nur dort verlangen, wo eine derartige Bindung von der Sache her überhaupt möglich ist. Wir haben aber oben unter A II 2 c gesehen, daß die Differenzierung zwischen Täterschaft und Beihilfe weitgehend mit Hilfe einer Ganzheitsbetrachtung erfolgt, und zwar gleichgültig, ob man nun zur Abgrenzung die subjektiven oder die materiell-objektiven Theorien heranzieht. Das bedeutet, daß es auch bei einer Differenzierung zwischen Täterschaft und Teilnahme gar nicht so sehr das Gesetz als vielmehr der Richter ist, der im Grunde über das Gewicht der Beteiligung entscheidet. Immerhin geht die Meinung aber dahin, daß der Gesetzgeber durch die Ausformung der Vorschriften über die Beteiligung zumindest noch gewisse legislatorische Akzente setzen kann². So bedeute etwa die Einfügung des Wortes "selbst" in § 26 Abs. 1 des 2. StrRG, daß bei eigenhändiger Vornahme der gesamten Ausführungshandlung mehr als bisher

1) Amtl. Begr. z. E 62 S. 147 Sp. 1/2; ausführlich dargelegt ibs. in der von Schwalm (Nschr. Bd. 2 S. 90) vortragenen Auffassung der Strafrechtsabteilung des Bundesjustizministeriums; aber auch Gallas (Nschr. Bd. 2 S. 69), Jescheck (Nschr. Bd. 2 S. 123), Dietz 1957 S. 109 und v. Uthmann, Der Urheber S. 54

2) Sturm, Horstkotte und Dreher (Sonderausschuß S. 1826)

statt Beihilfe Täterschaft angenommen werden müsse¹. Wenn der Gesetzgeber also alle Beteiligten im Strafraumen gleichstellen wollte, so würde er sich dieser Möglichkeit, gesetzgeberische Akzente zu setzen, begeben. Damit wäre die Wertung der Beteiligung endgültig allein in die Hand des Richters gelegt.

Dieser Hinweis auf die Möglichkeiten des Gesetzgebers, durch die Ausformung der Vorschriften über die Täterschaft und Teilnahme legislative Akzente zu setzen, wirkt allerdings nur dann überzeugend, wenn diese Möglichkeiten wirklich ins Gewicht fallen. Wer das verneint, wird zu Zweifeln neigen, ob sich denn der ganze Aufwand der Differenzierung der Strafraumen und der Beteiligungsformen überhaupt lohnt. Wir wollen jedoch die Frage nach den Möglichkeiten des Gesetzgebers zu legislativen Akzenten erst später behandeln².

Es soll nämlich herausgestellt werden, daß das Problem, ob man in den Fällen der Beteiligung differenzierte Strafraumen normieren sollte oder nicht, beileibe kein ausschließliches Problem der Beteiligung ist. Die Behandlung dieses Problems hängt weitgehend von höherrangigen Entscheidungen des Gesetzgebers ab. Die Art der Beteiligung ist nur eine unter vielen Strafbemessungsumständen³. Die Frage, ob der Gesetzgeber bei der Beteiligung Abweichungen vom allgemeinen Strafraumen zulassen soll, richtet sich daher vornehmlich danach, ob er auch bei anderen wichtigen Strafbemessungsumständen Abweichungen vom allgemeinen Strafraumen normiert. Ein Gesetzgeber, der für die verminderte Zurechnungsfähigkeit, den Versuch, die Tatmehrheit

1) Dreher und Sturm (Sonderausschuß S. 1825)

2) Vgl. unten F III 1 c

3) Unter "Strafbemessung" wird im Anschluß an Mezger (Mat. I S. 1) sowohl die Festlegung der Strafraumen durch den Gesetzgeber als auch die Ausmessung der Strafe innerhalb des gesetzlich normierten Strafraumen (Strafzumessung) verstanden. So jetzt auch die Terminologie des 2. StrRG, wo in den §§ 46 ff unter der Titelüberschrift "Strafbemessung" Vorschriften über den anzuwendenden Strafraumen (§ 48, 49, 50, 54) und auch Vorschriften über die Strafzumessung (§ 46) enthalten sind. Zu den Unstimmigkeiten hinsichtlich der Terminologie siehe Hans-Jürgen Bruns, Strafzumessungsrecht S. 25/26.

bei Freiheitsstrafen oder den verschuldeten Verbotsirrtum keinen eigenen Strafraumen zur Verfügung stellt, wird auch bei der Beteiligung keine Abweichungen vom allgemeinen Strafraumen normieren, sondern die Wertung der bestehenden Schuldunterschiede der Strafzumessung überlassen. Diese gesetzgeberische Haltung zeichnet sich sehr deutlich ab, wenn man sich die deutschen Gesetze und die unserer Nachbarländer einmal daraufhin ansieht. So sind etwa das neue OWiG von 1968, das geltende österreichische Strafgesetz, der öE 68 und der französische Code pénal Kodifikationen, die der verminderten Zurechnungsfähigkeit, dem Versuch, der Tatmehrheit und dem verschuldeten Verbotsirrtum allenfalls für die Strafzumessung Bedeutung beimessen; im geltenden und im künftigen deutschen StGB, im italienischen und im schweizerischen Recht dagegen wirken diese Umstände fast ausnahmslos strafrahmenändernd¹. Dement-

-
- 1) Die verminderte Zurechnungsfähigkeit erlaubt eine Unterschreitung des Strafraumens nach § 51 Abs. 2 StGB, § 21 des 2. StrRG, Art. 89 c. p. i. und Art. 11 schw StGB.
Nicht strafrahmenändernd wirkt sie nach Art. 64/65 c. p. f., §§ 2, 46 lit. a und 264 lit. a öStG, §§ 10 und 37 Nr. 1 öE 68, sowie nach § 7 Abs. 2 OWiG.
Der Versuch erlaubt eine Unterschreitung des Strafraumens nach § 44 StGB, § 23 Abs. 2 des 2. StrRG, Art. 56 Abs. 2 c. p. i. und Art. 21 schw StGB.
Beim allgemeinen Strafraumen dagegen verbleibt es nach Art. 2 und 65 c. p. f., §§ 8 Abs. 2 und 47 lit. a öStG, §§ 14 Abs. 1 und 37 Nr. 12 öE 68 und § 8 OWiG.
Die Tatmehrheit bei Freiheitsstrafen erzwingt eine Überschreitung der Strafraumen nach §§ 74 und 75 StGB, §§ 53 und 54 des 2. StrRG und Art. 61 Abs. 1 schw StGB (Asperationsprinzip). Nach Art. 73 c. p. i. gilt sogar das Kumulationsprinzip.
Dem Absorptionsprinzip, demzufolge die Strafe den Rahmen des schwersten der verwirklichten Delikte nicht übersteigen darf, folgen dagegen Art. 5 Abs. 1 c. p. f., §§ 34, 35, 267, 44 lit. a und b, 263 lit. a öStG und §§ 31 und 36 Nr. 1 öE 68.
Der verschuldete Verbotsirrtum erlaubt eine Unterschreitung des Strafraumens nach dem StGB (BGHSt 2/210 und 211) und dem 2. StrRG (§ 17 S. 2). Nach § 20 schw StGB ist die Anwendung eines mildereren Strafraumens derzeit noch nicht möglich; eine entsprechende Gesetzesänderung steht aber bevor (siehe Schwander S. 100).
Dagegen verbleibt es nach § 6 Abs. 3 OWiG, sowie nach

sprechend behandeln diese Gesetze auch die Beteiligung. Die erste Gruppe dieser Gesetze, die den Versuch, die Tatmehrheit usw. allenfalls bei der Strafzumessung berücksichtigt wissen will, kennt auch bei der untergeordneten Mitwirkung oder der Beteiligung des Extraneus am echten Sonderdelikt keine Änderung des Strafrahmens. Im Gegensatz dazu sieht die 2. Gruppe, die auch sonst Abweichungen vom Normalstrafrahmen gestattet, auch bei der Beteiligung eine Differenzierung der Strafrahmens vor¹. Diese Zusammenstellung läßt deutlich erkennen, daß der Beteiligung minderen Grades keine größere Bedeutung zukommt als den anderen der oben genannten Strafbemessungsumstände.

§§ 8 und 37 Nr. 11 öE 68 beim allgemeinen Strafrahmen.

Das geltende österreichische, italienische und französische Recht will sogar die Berufung auf einen unverschuldeten Verbotsirrtum ausschließen (§§ 3 und 233 öStG, Art. 5 c. p. i.; für das französische Recht vgl. die bei Merle-Vitu S. 429 Anm. 3 wiedergegebene Rspr.).

- 1) Die untergeordnete Beteiligung führt nach § 27 Abs. 2 S. 2 des 2. StrRG zu einer obligatorischen und nach §§ 49 Abs. 2/44 StGB, Art. 114 Abs. 1 und 3 c. p. i. und Art. 25 schw StGB zu einer fakultativen Strafmilderung.

Einen gleichen Strafrahmen für alle Beteiligten normieren dagegen Art. 59 c. p. f., § 5 öStG, § 11 öE 68 und § 9 Abs. 1 OWiG.

Die Beteiligung eines Extraneus am echten Sonderdelikt führt zu einer obligatorischen Strafmilderung nach § 50 Abs. 2 StGB und § 28 Abs. 1 des 2. StrRG. Eine fakultative Strafmilderung normiert Art. 25 schw StGB (weil nach Schwander S. 100 sämtliche Extranei von Gesetzes wegen auf die Stufe von Gehilfen herabsinken; diese Möglichkeit der Strafrahmensmilderung wird - wie Schwander S. 100 berichtet - demnächst ausdrücklich im Gesetz festgelegt werden) und das italienische Recht (hier allerdings nur das Nebenstrafrecht: Art. 1081 c. nav.).

Keine Milderung des Strafrahmens gibt es nach dem c. p. f. (Art. 59, 65), dem öStG (Art. 5), dem öE 68 (§§ 11 und 13, sowie Amtl. Begr. S. 82 Sp. 2) und dem OWiG (§ 9 Abs. 1 und Amtl. Begr. S. 49 Sp. 2).

b) Der für alle Beteiligten gleiche Bußgeldrahmen des OWiG.

Die auf den zwei vorhergehenden Seiten gewonnenen Erkenntnisse wird man im Auge behalten müssen, wenn man sich fragt, ob es richtig war, daß der Gesetzgeber des OWiG sämtliche Beteiligte demselben Strafraumen unterworfen und damit die Wertung der Beteiligung den Behörden und Gerichten überlassen hat. Nach dem StGB und dem 2. StrRG haben zahlreiche allgemeine Strafbemessungsgründe strafrahmenändernde Wirkung. Nach dem OWiG können alle diese Umstände nur innerhalb des Bußgeldrahmens gewürdigt werden, so neben der Beteiligung ibs. auch die verminderte Zurechnungsfähigkeit, der Versuch und der verschuldete Verbotsirrtum. Der Gesetzgeber hat daher nur die Gleichwertigkeit der Bußgeldbemessungsgründe gewahrt, wenn er auch die Würdigung der Beteiligung in die Bußgeldzumessung verwiesen hat.

Wenn man also am OWiG Kritik anbringen will, dann darf sich die Kritik nicht in erster Linie dagegen richten, daß der Gesetzgeber für die Fälle der Beteiligung keine unterschiedlichen Bußgeldrahmen normiert hat. Dieser Umstand ist nämlich lediglich die folgerichtige Durchführung der Haltung, die der Gesetzgeber gegenüber sämtlichen allgemeinen Bußgeldbemessungsgründen eingenommen hat. Wenn man Kritik üben will, so hat die Kritik an dieser Haltung anzusetzen. Es wäre also zu fragen, ob es nicht wenig rechtsstaatlich, ja vielleicht sogar verfassungswidrig ist, alle diese Gründe - die verminderte Zurechnungsfähigkeit, den Versuch, den verschuldeten Verbotsirrtum, die Beteiligung usw. - der bloßen Bußgeldzumessung zu überlassen.

Wenn nämlich der Gesetzgeber diese Umstände nur innerhalb des allgemeinen Bußgeldrahmens berücksichtigt wissen will, bedarf es zur Ermöglichung schuldangemessener Ergebnisse weit gesteckter Strafraumen. Nun bestimmt aber Art. 103 Abs. 2 GG, daß die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt sein muß, wobei unbestritten ist, daß sich diese Norm auch auf die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten bezieht¹. Dieses

1) Amtl. Begr. z. OWiG S. 44 Sp. 2; Maunz-Dürig, Anm. 114 zu Art. 103 GG, Göhler, Anm. 1 zu § 3 m. weit. Nachw.

verfassungsrechtliche Gebot der Bestimmtheit gilt aber nach weitaus h. M. nicht nur für die Rechtsvoraussetzungen der Ahndung, sondern auch für die Rechtsfolgen der Zuwiderhandlungen¹. Von einer genauen Festlegung der Rechtsfolgen durch das Gesetz kann aber umso weniger gesprochen werden, je weiter die Straf- bzw. Bußgeldrahmen gespannt sind.

Was den Bußgeldrahmen anbetrifft, steckt das neue OWiG aber eher engere Grenzen als das alte OWiG von 1952, obwohl dieses für den Versuch, die Beihilfe, die verminderte Zurechnungsfähigkeit und den verschuldeten Verbotsirrtum Strafmilderungen normierte². Das geltende OWiG kennt nämlich einen Bußgeldrahmen von 5 - 1000 DM (§ 13 Abs. 1), während das OWiG 1952 Geldbußen von 2 - 1000 DM vorsah (§ 5). Nun hat zwar Art. 151 EGOWiG die Bußgeldvorschriften, die eine höhere Untergrenze als 5 DM normierten, insoweit aufgehoben, und zwar gerade im Hinblick darauf, daß die verminderte Zurechnungsfähigkeit, der Versuch, die Beihilfe usw. keine Unterschreitung der Bußgelduntergrenzen mehr ermöglichen³. Die dadurch bewirkten Erweiterungen der Bußgeldrahmen fallen aber praktisch nicht ins Gewicht, weil es derartige erhöhte Bußgeldminima ohnehin nur selten gab⁴. Von der Weite der Bußgeldrahmen her gesehen ist daher das neue OWiG wohl kaum weniger rechtsstaatlich als das alte OWiG von 1952, gegen dessen Bußgeldrahmen - soweit ersichtlich - niemand Bedenken geäußert hat.

1) Amtl. Begr. z. E 62 S. 106; Göhler, Anm. 1 zu § 3; Stree S. 23; Maunz-Dürig, S. 38 Fußnote 1 zu Art. 103 GG m. w. Nachw.; a.A.: Welzel, Strafrecht (8. Auflage) S. 18

2) §§ 9 Abs. 2, 10 Abs. 2, 11 Abs. 2 und 12 Abs. 2

3) Amtl. Begr. z. EGOWiG S. 130 Sp. 1

4) Amtl. Begr. z. EGOWiG S. 130 Sp. 1

Bedenken gegen das neue OWiG könnten sich nur daraus ergeben, daß es nicht mehr wie sein Vorgänger von 1952 ausdrücklich sagt, wie sich der Versuch, die Beteiligung usw. auf die Bußgeldbemessung auswirken sollen¹. Es wird nämlich gelehrt, daß es die verfassungsrechtliche Pflicht des Gesetzgebers sei, den Richter bis zu der Grenze hin gesetzlich zu binden, wo die Gerechtigkeit im Einzelfall Schaden erleiden würde². Wenn man damit ernst machte, müßte man sowohl das geltende als auch das kommende deutsche StGB für verfassungswidrig erachten. Den Richter kann man nämlich noch weit stärker durch das Gesetz binden als es das geltende und das kommende deutsche StGB tut, ohne daß dadurch eine gerechte Beurteilung des Einzelfalls verhindert würde. So sieht etwa der AT des italienischen StGB nicht weniger als 37 strafrahmenändernde Umstände vor³, Umstände, die das 2. StrRG z. T. nicht einmal unter den Strafzumessungsgründen des § 46 aufführt, geschweige denn dem Richter in ihrer Wertung vorschreibt. Allein bei der Beteiligung kennt der Codice penale 9 strafrahmen-schärfende bzw. -mildernde Gründe⁴. - Die absolut h. M. ist denn auch weit weniger streng; sie kommt zu dem Ergebnis, daß dem Verfassungsrecht keine genaue Richtlinie darüber zu entnehmen ist, inwieweit der Gesetzgeber dem Richter bindende Weisungen zu geben hat⁵.

Im übrigen sollte man doch bedenken, daß sich auch Österreich und Frankreich als Rechtsstaaten verstehen und trotzdem die Wertung der verminderten Zurechnungsfähigkeit, des Versuchs, der Beteiligung usw. der richterlichen Strafzumessung anheimstellen. Man wird daher kaum annehmen können, daß es rechtsstaatswidrig ist, wenn das OWiG ebenso

1) In dieser Richtung etwa Cramer NJW 1969/1930 und 1931

2) Warda ZStrW 71 (1959)/280

3) Art. 56, 61 Nr. 1 - 11; 62 Nr. 1 - 6, 62 bis, 73, 82, 89, 91, 94, 95, 96, 98, 111, 112 Nr. 1 - 4; 114 Abs. 1 und 3, 116 und 117

4) Art. 111, 112 Nr. 1 - 4, 114 Abs. 1 und 3, 116 und 117

5) Stree S. 6 und die dortige in Anm. 5 wiedergegebene Literatur

verfährt. Es kommt hinzu, daß - ibs. auch seitens des Bundesverfassungsgerichtes - die Tendenz besteht, das Rechtsstaatsprinzip hinsichtlich des Ordnungswidrigkeitenrechts nicht ganz so streng zu handhaben wie bezüglich des Strafrechts¹. Während das Bundesverfassungsgericht² dabei vor allem darauf abstellt, daß der Schuldvorwurf bei Ordnungswidrigkeiten nicht die Sphäre des Ethischen erreicht, so daß der Geldbuße der Ernst der staatlichen Strafe fehle, betonen die anderen Stimmen³ mehr die praktischen Notwendigkeiten dieses Rechtsgebietes. Sie stellen vor allem heraus, daß es sich hier in aller Regel um nicht sehr bedeutende, aber recht häufige Verstöße handle, denen gegenüber ein Perfektionismus fehl am Platze sei. So kommt denn auch Göhler⁴ zu dem Ergebnis, daß gerade im Ordnungswidrigkeitenrecht das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG nicht überspannt werden dürfe. Es wird daher nicht zu beanstanden sein, daß das OWiG die Wertung der Beteiligung der behördlichen und gerichtlichen Bußgeldzumessung überlassen hat.

c) Hätte auch das 2. StrRG alle Beteiligten demselben Strafraumen unterwerfen können?

Nunmehr gilt es die Frage zu beantworten, ob auch der Gesetzgeber des 2. StrRG die Wertung der Beteiligung in die bloße Strafzumessung hätte verweisen können oder ob er von seinen Prämissen her gezwungen war, bei der Beteiligung unterschiedliche Strafraumen zur Verfügung zu stellen. Der Gesetzgeber des 2. StrRG hat zahlreichen allgemeinen Strafbemessungsgründen strafrahmenändernde Wirkung verliehen (§§ 13 Abs. 2, 17 S. 2, 21, 23 Abs. 2, 27 Abs. 2

1) BVerfGE 9/171 - 174; Eb. Schmidt, Wirtschaftsstrafrecht S. 53; Tröndle, Grundlagen S. 11/12; Göhler, Anm. 1 B a zu § 3; Boob NJW 1960/373 Sp. 2; Wimmer NJW 1960/1547 Sp. 2; Bockelmann NJW 1960/1284 Sp. 2; a.A. Schmidt-Leichner NJW 1960/997 Sp. 2

2) BVerfGE 9/171

3) Siehe Anm. 2. Aber auch das Bundesverfassungsgericht hat sich diese praktischen Erfordernisse in der zitierten Entscheidung vor Augen gehalten (S. 172)

4) Anm. 1 B a zu § 3

S. 2, 28 Abs. 1, 35 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 S. 2 und 54), darunter ibs. auch dem Versuch, der verminderten Zurechnungsfähigkeit, der Tatmehrheit und dem verschuldeten Verbotssirrtum. All das sind Umstände, denen - wie oben S.234 gezeigt wurde - etwa die gleiche Bedeutung zukommt wie der Beteiligung. Zur Wahrung der Gleichwertigkeit der Strafbemessungsgründe drängte sich daher dem Gesetzgeber die Alternative auf, entweder auch diese Umstände in die bloße Strafzumessung zu verweisen oder auch bei der Beteiligung gewisse Änderungen des Strafrahmens zu normieren.

Hätte der Gesetzgeber des 2. StrRG alle diese Umstände, die er strafrahmenändernd ausgestaltet hat, in die bloße Strafzumessung verwiesen, so hätte er wohl weitgehend auf Strafminima verzichten oder das System der außerordentlichen Strafmilderung¹ einführen müssen. Einem Verzicht auf Strafuntergrenzen stand man bei den Reformarbeiten recht negativ gegenüber², da man mit der Normierung von Strafminima nicht zuletzt einer übermäßigen Milde der Rspr. vorbeugen wollte³. Deshalb war wohl auch das System der außerordentlichen Strafmilderung keine akzeptable Lösung. Die außerordentliche Strafmilderung ist nämlich - wie die Praxis in Österreich lehrt⁴ - kaum noch vom Gesetz her zu kontrollieren. Sie läßt sich daher nur dann einführen, wenn man wie der österreichische Strafgesetzgeber⁵ in die sachgerechte Bewertung des Einzelfalls durch die Gerichte vertraut; darauf wollte sich der deutsche Gesetzgeber aber gerade nicht verlassen.

-
- 1) Diese Lösung sehen z. B. § 34 öStG und § 48 öE 68 vor, aber auch § 62 des neuen StGB der DDR vom 12.1.1968
 - 2) Dabs, Dreher, Schafheutle, Baldus und Krille (Nschr. Bd. 1 S. 124 Sp. 2, S. 129 Sp. 1, 130 Sp. 2, 131 Sp. 2 bzw. 132 Sp. 2).
 - 3) Dabs, Dreher und Krille (Nschr. Bd. 1 S. 124 Sp. 2, 129 Sp. 1 bzw. 132 Sp. 2). Diese Gefahr übermäßiger Milde betont auch Schwalm (Nschr. Bd. 12 S. 64).
 - 4) Die außerordentliche Strafmilderung ist in Österreich heute nicht mehr die Ausnahme, sondern die Regel (Amtl. Begr. z. öE 68 S. 55 Sp. 1, 122 Sp. 2, 134 Sp. 1 und 206 Sp. 1; Roeder, Der allgemeine Teil, S. 67/68).
 - 5) Amtl. Begr. z. öE 68 S. 136 Sp. 1

Erweist sich damit, daß der Gesetzgeber des 2. StrRG solche Strafbemessungsumstände wie den Versuch, die verminderte Zurechnungsfähigkeit usw. nicht in die bloße Strafzumessung verweisen konnte, sondern strafrahmenändernd ausgestalten mußte, so lag es für ihn um der Gleichheit der Strafbemessungsumstände willen nahe, auch bei der Beteiligung verschiedene Strafraumen zur Verfügung zu stellen. Da sich diese Forderung aus den rechtspolitischen Prämissen der Strafrechtsreform ergibt, bestand für den Gesetzgeber Anlaß, bei der Beteiligung in jedem Falle verschiedene Strafraumen zu normieren, ganz gleich, welchem Täterbegriff er nun folgen wollte. Man kann daher nur beipflichten, wenn Schwalm erklärt, daß auch bei Einführung der Einheitstäterlösung in das neue StGB für gewisse Fälle der Beteiligung ein besonderer Strafraumen unerläßlich sei¹.

Nun wird allerdings verschiedentlich gelehrt, daß der Einheitstäterbegriff eine Differenzierung der Strafraumen bei der Beteiligung ausschließe². Sollte das richtig sein, so hätte die Einheitstäterlösung zwangsläufig zu Unzuträglichkeiten führen müssen. Die Einführung des Einheitstäterbegriffs hätte dann nämlich bedeutet, daß bei der Beteiligung keine besonderen Strafraumen mehr hätten normiert werden können. Hätte der Gesetzgeber nun aber beim Versuch, bei der verminderten Zurechnungsfähigkeit usw. besondere Strafraumen eingeführt, so wäre das ein Verstoß gegen die Gleichwertigkeit der Strafbemessungsgründe gewesen; denn die bei diesen Umständen auftretenden Schuldunterschiede sind auch nicht gewichtiger als die bei der Beteiligung. Hätte der Gesetzgeber aber das Prinzip der Gleichwertigkeit der Strafbemessungsgründe wahren wollen und deshalb auch diese Umstände der bloßen Strafzumessung überwiesen, so hätte er entweder auf Strafuntergrenzen weitgehend verzichten

1) Nschr. Bd. 2 S. 115

2) Jescheck, Lehrbuch S. 429; Gallas Nschr. Bd. 2 S. 68/69; Roxin S. 451; wohl auch Schmidhäuser, Strafrecht S. 399 und - seiner Definition S. 25 gemäß - Kienapfel

oder das Institut der außerordentlichen Strafmilderung einführen müssen. Das jedoch war mit seinem Bestreben nach stärkerer gesetzlicher Bindung des Richters von kaum zu vereinbaren. Dieses unvermeidliche Dilemma wäre ein triftiger Grund gegen die Einführung des Einheitstäterbegriffes in das Strafrecht gewesen. Es gilt daher zu untersuchen, ob der Einheitstäterbegriff eine Differenzierung der Strafraumen bei der Beteiligung tatsächlich ausschließt.

2. Läßt sich mit dem Einheitstäterbegriff eine Differenzierung der Strafraumen vereinbaren?

Zunächst fällt auf, daß manche derjenigen Autoren, die eine Differenzierung der Strafraumen auf der Grundlage des Einheitstäterbegriffes nicht für möglich halten, die Regelung der Beteiligung im italienischen Codice penale als ein markantes Beispiel der Einheitstäterlösung auführen¹. Sie übersehen dabei offensichtlich, daß wohl kaum ein StGB derartig viele Strafraumenänderungen bei der Beteiligung vorschreibt wie gerade der Codice penale.

Eine Begründung dafür, daß der Einheitstäterbegriff keine Differenzierung der Strafraumen erlaube, findet sich denn auch nur bei Gallas². Er erklärt, es sei die Ausgangsthese des Einheitstäterbegriffes, daß alle Tatbedingungen als solche gleichwertig seien. Daraus folge, daß in den Tatanteilen der einzelnen Beteiligten auch kein unterschiedliches Verschulden enthalten sein könne.

Die Argumentation von Gallas beruht auf der Prämisse, es sei die Ausgangsthese des Einheitstäterbegriffes, daß alle Tatbedingungen als solche gleichwertig sind. Diese Prämisse ist richtig, wenn man der naturalistischen Strafrechtstheorie anhängt. Für diese Theorie folgt nämlich

1) Jescheck Nschr. Bd. 2 S. 98; Gallas Mat. I S. 149
Anm. 64; Schmidhäuser, Strafrecht S. 399; Kienapfel S. 30

2) Nschr. Bd. 2 S. 68

aus der denklogisch gleichen Notwendigkeit aller Tatbedingungen auch deren Gleichwertigkeit. Die neueren Strafrechtstheorien haben aber erkannt, daß dieser Schluß verfehlt ist. Der Einheitstäterbegriff fußt jedoch - wie oben D I dargelegt wurde - keineswegs auf der naturalistischen Strafrechtstheorie und ihren Aussagen, sondern läßt sich auch von den neueren Strafrechtstheorien her halten. Es kann daher nicht gesagt werden, daß die Gleichwertigkeit aller Tatbedingungen Ausgangsthese des Einheitstäterbegriffs sei. Die von Gallas gemachte Prämisse erweist sich als nicht stichhaltig. Damit ist auch seiner Begründung der Boden entzogen.

Eine unrichtige Begründung ist jedoch noch kein Beweis dafür, daß auch das Ergebnis falsch ist. Es bleibt daher zu untersuchen, ob die Einheitstäterschaft eine Differenzierung der Strafraumen bei der Beteiligung zuläßt oder nicht. Hierbei wird man sich auf das zurückbesinnen, was das Wesen dieser Rechtsfigur ausmacht. Einheitstäterschaft bedeutet - wie wir oben B III gesehen haben - nicht weniger, aber auch nicht mehr, als daß neben den Tätern i. eng. S. auch die bisherigen Teilnehmer unter die Tatbestände des BT fallen. Als tatbestandsmäßig Handelnde unterliegen sie damit dem Strafraumen des BT. Tatbestandsmäßig Handelnde unterliegen aber nur insoweit dem Strafraumen des BT, als das Gesetz nichts anderes bestimmt.

Was könnte nun den Gesetzgeber daran hindern, für gewisse Beteiligte einen höheren oder milderen Strafraumen zu normieren? Die Einheitstäterlösung jedenfalls hindert ihn daran nicht. Eine derartige Strafabstufung nimmt dem Beteiligten nichts von seiner Täterqualität; denn auch wenn er einer erhöhten oder ermäßigten Strafdrohung unterliegt, bleibt er tatbestandsmäßig Handelnder und damit Täter. Die Normierung eines erhöhten oder ermäßigten Strafraumens für gewisse Beteiligte ist daher genauso gut möglich wie diejenige für vermindert Zurechnungsfähige oder Rückfällige¹.

1) Nowakowski ÖJZ 1953/602 Sp. 2

Diese verlieren ihre Täterqualität auch nicht dadurch, daß sie einem besonderen Strafraumen unterliegen.

Da für die Einheitstäterschaft nur wesentlich ist, daß sowohl die Täter i. eng. S. als auch die bisherigen Teilnehmer tatbestandsmäßig handeln, und da tatbestandsmäßig Handelnde nicht notwendig dem gleichen Strafraumen des BT unterliegen, ist eine Differenzierung der Strafraumen bei der Beteiligung mit der Einheitstäterlösung sehr wohl zu vereinbaren. Dieses Ergebnis entspricht der h. L.¹. Auch die Sachbearbeiter des Bundesjustizministeriums sahen in der Einheitstäterlösung keinen Grund, der die Normierung unterschiedlicher Strafraumen bei der Beteiligung gehindert hätte. Die von ihnen auf der Grundlage des Einheits-täterbegriffes erarbeitete und der Großen Strafrechtskommission vorgelegte Fassung der Beteiligungsvorschriften sah nämlich zwei Strafraumemilderungen vor².

3. Welche Möglichkeiten für die Abstufung der Strafraumen eröffnet die Einheitstäterlösung?

a) Die Isolierung des Strafraumenabstufungsproblems von den Problemen der Tatbestandlichkeit

Nach dieser von den Sachbearbeitern des Bundesjustizministeriums fixierten Regelung sollte eine Strafmilderung vor allem in den Fällen "untergeordneter Beteiligung" Platz greifen. Es fragt sich, ob eine derartige Regelung gegenüber der bisherigen Lösung wirklich einen Fortschritt brächte oder ob nicht anstelle der nie eindeutig geklärten Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe eine Frage träte, die ebenso dubios wäre, nämlich die Frage, wann denn nun ein Fall "untergeordneter Beteiligung" vorliegt. Auf den ersten Blick mag es so scheinen, als würden hier allen-

-
- 1) Schröder ZStrW 57 (1938)/468; Zimmerl ZStrW 54 (1935)/ 577; v. Cramer StrAbh. 354/120 unter § X Abs. II; Conrad Str Abh. 374/2; Dietz 1957 S. 74, 75; Nowakowski ÖJZ 1953/602 Sp. 2; Latagliata, I principi S. 40; Perten StrAbh. 198/56 ff; a.A. Jescheck, Lehrbuch S. 429; Gallas Nschr. Bd. 2 S. 68 und wohl auch Bockelmann, Deutsche Beiträge S. 48
- 2) §§ c und d Abs. 1 des Umdrucks J 13 II im Anhang Nr. 17 der Nschr. Bd. 2

falls Begriffe vertauscht, ohne daß sich an den eigentlichen Problemen auch nur das Geringste änderte.

Wir wollen die Sachlage aber doch etwas genauer untersuchen. Über die für die Strafmilderung des § 49 so entscheidende Abgrenzung zwischen Täterschaft und Beihilfe entscheidet die Täterlehre mit ihren Begriffen *animus auctoris* bzw. *Tatherrschaft*. Die Abstufung der Strafraumen ist jedoch nicht der einzige Punkt, bei dem die Täterlehre ausschlaggebend ist. Die Täterlehre entscheidet vor allem auch über die Grenzen der Strafbarkeit, d. h. über das Ob der Strafe. Die Grenzen des Strafbaren werden nämlich mit Hilfe der Tatbestände festgelegt; und tatbestandsmäßig handelt derjenige, der als Täter anzusehen ist, worüber die Täterlehre bestimmt.

Die Täterlehre muß im Strafrecht also beiden der bei der Beteiligung anstehenden Probleme gerecht werden: Dem Problem, welche Personen denn überhaupt strafrechtlich erfaßt werden sollen (Tatbestandsproblem), und dem Problem, ob in gewissen Fällen der Beteiligung eine Abweichung vom allgemeinen Strafraumen erfolgen darf (Abstufungsproblem). Das wirft die Frage auf, ob die Täterlehre denn eigentlich beide Probleme zugleich zu bewältigen vermag. Pedrazzi¹ verneint das entschieden. Seiner Auffassung nach sollte man nicht versuchen, sowohl das Tatbestands- als auch das Abstufungsproblem mit Hilfe der Täterlehre zu entscheiden. Beide Probleme seien von verschiedenen Sachnotwendigkeiten beherrscht und daher auch anhand verschiedener Kriterien zu entscheiden. Vielleicht sei es nicht übertrieben - so schreibt er - dieser Doppelfunktion der Täterlehre die Schwierigkeiten zuzuschreiben, mit denen sich die Lehre von der Beteiligung schon seit unvordenklicher Zeit abmühe.

Auch wenn man hier vorsichtiger urteilt, dürfte evident sein, daß eine Quelle möglicher Spannungen wegfällt, wenn

1) S. 119. Auch bei Kienapfel S. 39 klingen derartige Gedankengänge an.

das zur Abstufung der Strafraumen verwendete Kriterium für die strafrechtliche Erfassung der Beteiligten (Tatbestandsproblem) keine Bedeutung mehr besitzt und umgekehrt. Derzeit ist die Lage im Strafrecht doch so: Legt man hinsichtlich der Strafmilderung des § 49 fest, welche Personen bloße Gehilfen und welche Personen Täter sind, so tangiert diese Feststellung automatisch auch den Anwendungsbereich der Tatbestände und damit die Grenzen der Strafbarkeit. Und legt man die Grenzen der Tatbestände fest, indem man darüber entscheidet, ob jemand Täter ist, so steckt hierin zugleich ein Präjudiz für die Frage der Strafabstufung.

Die Fragwürdigkeit dieser Wechselwirkung zeigt sich z. B. an dem Fall BGHSt 19/135, der einen einseitig fehlgeschlagenen Doppelselbstmord betrifft. Hier hatte der leicht beeinflussbare Angeklagte auf Drängen seiner willensstarken und zielstrebigem Freundin versucht, gemeinsam mit ihr aus dem Leben zu scheiden. Er schloß dazu einen Schlauch an das Auspuffrohr seines Autos an und leitete ihn ins Wageninnere. Dann stiegen die beiden jungen Leute in den Wagen ein. Der Angeklagte ließ den Motor an und trat das Gaspedal durch. Die einströmenden Auspuffgase töteten das Mädchen, während der Angeklagte noch gerettet werden konnte.

Die entscheidende Frage dieses Falles war die, ob der Angeklagte als Täter eines Deliktes nach § 216 zu bestrafen war oder ob seine Tat lediglich eine (straflose) Beihilfe zur Selbsttötung des Mädchens darstellte. Das war - wie der BGH zutreffend feststellte - anhand der Teilnahmelehre zu entscheiden. Der subjektiven Teilnahmelehre der Rspr. folgend hatte nun das Instanzgericht nach dem animus des Angeklagten geforscht. Auf Grund der Persönlichkeit des Angeklagten und seiner Freundin hatte es aber nur einen animus socii des Angeklagten angenommen. Es sah den Angeklagten daher als bloßen Selbstmordgehilfen an und sprach ihn deshalb frei. Der BGH hob diesen Freispruch auf.

Dabei führte er aus, daß man bei der tatbestandlichen Abgrenzung des § 216 gegenüber der straflosen Beihilfe zur Selbsttötung nicht auf den animus abstellen könne, weil § 216 die Unterordnung unter fremden Willen geradezu voraussetze. Die Frage, ob der Angeklagte Täter oder Gehilfe gewesen sei, lasse sich nur anhand der Tatherrschaft entscheiden.

Dieses Urteil des BGH ist für die vorliegende Arbeit deshalb besonders interessant, weil es zeigt, wie das von der Täterlehre zu lösende Tatbestandsproblem und das ebenfalls von ihr zu lösende Abstufungsproblem miteinander in Konflikt geraten können. Da ist der § 216, der offenbar dazu zwingt, die subjektive Teilnahmelehre zu verwerfen und die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Beihilfe anhand der Tatherrschaftslehre vorzunehmen. Da es bei dieser Entscheidung darum ging, ob der Angeklagte überhaupt bestraft werden konnte, war es also ein Tatbestandsproblem, das zur Annahme der Tatherrschaftslehre nötigte. Da mit diesem Urteil aber die Grenzen zwischen Täterschaft und Beihilfe gezogen werden, beinhaltet diese Entscheidung automatisch auch ein Präjudiz für die Frage der Strafabstufung; denn auch die Strafabstufung bei der Beteiligung richtet sich nach der Abgrenzung zwischen Täterschaft und Beihilfe. Folglich wäre die vom BGHSt 19/135 verfochtene Tatherrschaftslehre auch in NSG-sachen und in Prozessen von der Art des Falles Stachinskij anzuwenden. Dort lehnt sie der BGH aber ausdrücklich und mit eingehender Begründung ab, da sie zu schematisch eng sei und mächtig wirksame Tatantriebe nicht zu berücksichtigen vermöge¹.

Diese Automatik läßt sich aber auch umkehren. Wer in Fragen der Strafabstufung - wie im Falle Stachinskij - Täterschaft und Beihilfe anhand des animus abgrenzt, muß dies

1) BGHSt 18/89 ff, ibs. S. 93 und 95

auch bei Tatbestandsfragen wie etwa bei § 216 tun¹; denn auch hier kommt es auf die Unterscheidung zwischen Täterschaft und Beihilfe an. Hier aber ist nach BGHSt 19/138 der Täterwille "nicht geeignet, sinnvolle Ergebnisse zu gewährleisten". Angesichts dieser beiden Urteile fragt es sich, ob die automatische Kopplung des Tatbestands- und des Abstufungsproblems durch die Täterlehre opportun ist. Die Begründungen von BGHSt 18/87 ff und BGH 19/135 ff deuten jedenfalls darauf hin, daß beide Fragen von verschiedenen Sachnotwendigkeiten beherrscht sind.

Der Einheitstäterbegriff beseitigt diese automatische Kopplung. Danach entscheidet die Täterlehre nur noch über das Ob der Strafbarkeit (Tatbestandsproblem). Das schon deshalb, weil alle Beteiligten Täter sind, so daß die Täreigenschaft eines Beteiligten kein taugliches Kriterium mehr für die Differenzierung der Strafraumen sein kann. Der Gesetzgeber muß daher zur Abstufung der Strafraumen ein von der Täterschaft unabhängiges Kriterium entwickeln. Dieses Abstufungsmerkmal ist damit zwangsläufig ohne Relevanz für die Feststellung der Täterschaft und hat folglich keinen Einfluß mehr auf die Grenzen der Strafbarkeit, wie es derzeit im Strafrecht der Fall ist. Seine Bedeutung beschränkt sich auf die Differenzierung der Strafraumen. Das mindert die Tragweite des Abstufungsproblems und nimmt ihm schon so manches von seiner Brisanz.

Es hat aber noch weitere Auswirkungen, wenn man die Differenzierung der Strafraumen (Abstufungsproblem) und die strafrechtliche Erfassung der Beteiligten (Täter- bzw. Tatbestandsproblem) unabhängig voneinander regelt. Nur wenn man das tut, können beide Probleme speziell nach den sie betreffenden Notwendigkeiten behandelt werden. Ja, erst

1) BGHSt 19/135 hat diese Konsequenz nicht gezogen. Dieses Urteil steht daher - worauf die Lehre zu Recht hinweist - in seltsamem Widerspruch zur sonstigen Rspr. des BGH in Teilnahmefragen.

wenn man sie getrennt voneinander hält, wird der Blick so richtig frei für die jeweiligen Notwendigkeiten.

b) Das Problem der Strafraumenabstufung

aa) Betrachten wir also die Strafapstufung bei der Beteiligung. Da sehen wir, daß in unserem Strafrecht eine Abweichung vom allgemeinen Strafraumen im Falle der Beihilfe möglich ist. Deshalb muß vor allem zwischen dem Täter i. eng. S. und dem Gehilfen unterschieden werden. Die Abgrenzung dieser beiden Rechtsfiguren erfolgt nun mit Hilfe eines einzigen Kriteriums, dem animus auctoris bzw. der Tatherrschaft. Ein einziges Kriterium zur Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe mag gut und richtig sein, solange es bei der Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe um das Tatbestandsproblem geht. Hinsichtlich der Abstufung der Strafraumen ist die Beschränkung auf ein einziges Kriterium aber problematisch. Bei der Beteiligung finden sich nämlich gar viele und recht unterschiedliche Umstände, die für die Höhe der Strafe Bedeutung haben können, wie etwa das Tatinteresse, die eigenhändige Vornahme der Ausführungshandlung, die Tatortanwesenheit, die Organisation des Verbrechens, das Verführen und Verführt-werden, usw.¹. Alle diese Gesichtspunkte wollen bei der Differenzierung der Strafraumen je nach ihrer Bedeutung berücksichtigt sein. Dieser Sachzwang hat zur Folge, daß sie in mehr oder minder großem Umfange zur Ermittlung des animus auctoris bzw. der Tatherrschaft herangezogen werden. So stehen wir vor dem Ergebnis, daß die Tatherrschaft und der animus weitgehend durch eine Zusammenschau dieser Umstände ermittelt werden, d. h. sie werden in den animus bzw. in die Tatherrschaft "hineinge-packt". Das ist ein Verfahren, das die "Feststellung" des animus bzw. der Tatherrschaft natürlich unsicher und vage machen muß. Da diese Tätermerkmale aber über die Strafap-

1) Siehe oben A II 1

stufung entscheiden, vermag eigentlich niemand so genau zu sagen, welche dieser Gesichtspunkte für die Differenzierung der Strafraumen wirklich maßgebend sind bzw. bis zu welchem Grade sie maßgeblich sind.

So ist doch heute einfach nicht klar, ob das bloße Erfolgsinteresse eines Mitwirkenden überhaupt eine Bedeutung für die Höhe der Strafe haben soll bzw. in welchem Maße ihm eventuell Bedeutung beikommt. Wo läßt sich eindeutig ablesen, welches Gewicht die eigenhändige Vornahme der gesamten Ausführungshandlung hat oder welches Gewicht die eigenhändige Vornahme eines Teiles der Ausführungshandlung besitzt? Wie wirkt sich die Verführung anderer Beteiligten aus? Wenn man das Abstufungs- und das Tatbestandsproblem voneinander getrennt hält, benötigt man zur Abstufung der Strafraumen nicht mehr die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Beihilfe, die anhand eines einzigen Kriteriums (animus auctoris bzw. Tatherrschaft) vorzunehmen ist. Man kann die Abstufung der Strafraumen von mehreren Kriterien abhängig machen und die Bedeutung eines jeden Kriteriums festlegen. Was sich damit erreichen ließe, soll an folgendem, lediglich als Diskussionsgrundlage gedachten Formulierungsvorschlag erläutert werden:

"Im Falle der Beteiligung kann (muß) die Strafe nach § X gemildert werden. Das gilt nicht für Personen, die schuldhaft

1. eigenhändig die gesamte Ausführungshandlung vorgenommen,
2. die Ausführung veranlaßt,
3. die Beteiligung organisiert oder
4. am Ort der Ausführung unmittelbar auf das Opfer der Straftat oder seine Helfer eingewirkt haben."

bb) Eine solche Aufzählung läßt über die Abstufung der Strafraumen mehrere voneinander unabhängige Umstände entscheiden. Sie erlaubt z. B. grundsätzlich auch eine Strafmilderung für solche Personen, die nur einen Teil der Ausführungshand-

lung eigenhändig vorgenommen haben¹. Auf der Grundlage des geltenden Strafrechts ist es strittig, ob bei eigenhändiger Vornahme eines Teiles der Ausführungshandlung die Strafe gemildert werden darf. Die Anhänger der Tatherrschaftslehre nehmen nämlich überwiegend an, daß schon die eigenhändige Vornahme eines Teiles der Ausführungshandlung ausnahmslos zur Mittäterschaft führt². Damit wäre eine Strafmilderung ausgeschlossen. Nach h. M. dagegen ist eine Strafmilderung durchaus möglich; denn danach kann jemand trotz eigenhändiger Vornahme eines Teils der Ausführungshandlung Gehilfe sein³.

Auf der Grundlage des Einheitstäterbegriffes wären die dogmatischen Fragen dieses Streits uninteressant; es käme lediglich darauf an, das Ergebnis eindeutig festzulegen. Soll also bei eigenhändiger Vornahme eines Teiles der Ausführungshandlung die Möglichkeit der Strafmilderung grundsätzlich offen bleiben, dann ist die Fassung des obigen Formulierungsvorschlags gerade richtig. Soll es dagegen ausnahmslos keine Strafmilderung geben, dann muß es in dem obigen Vorschlag heißen: "Im Falle der Beteiligung kann (muß) die Strafe gemildert werden. Das gilt nicht für Personen, welche schuldhaft die Ausführungshandlung ganz oder zum Teil eigenhändig vorgenommen ... haben."

cc) Keine Strafmilderung kann es nach dem obigen Vorschlag für die Beteiligten geben, die die gesamte Ausführungshandlung eigenhändig ausgeführt haben. Nach der gegenwärtigen Gerichtspraxis gibt es aber auch in diesen Fällen die Möglichkeit der Strafmilderung, weil die Rspr. selbst hier hin und wieder auf bloße Beihilfe erkennt. Berühmtestes Beispiel dieser Rspr. ist das Urteil im Falle Stachinskij (BGHSt 18/87, 89). Dieses Urteil ist oft und z. T. sehr

1) Eine Strafmilderung wäre nur dann ausgeschlossen, wenn Satz 2 Nr. 1, 2, 3 oder 4 eingreifen würde.

2) Literaturnachweise oben S. 52 Anm. 3

3) So die gesamte subjektive Teilnahmelehre (ihs. die Rspr.), aber auch etwa Roxin S. 138/139

heftig angegriffen worden. Die Kritik wird dabei vor allem von Überlegungen der Rechtsdogmatik und Rechts-sicherheit getragen¹. Fast die gesamte Rechtslehre pocht darauf, daß Personen, die alle Merkmale des Tatbestands mit eigener Hand verwirklichen, immer und ausnahmslos Täter seien. Dabei gestehen die Kritiker dem BGH vielfach sogar ausdrücklich zu, daß es - von der materiellen Gerechtigkeit her gesehen - durchaus angemessen gewesen sein mag, dem Stachinskij Strafmilderung zu gewähren². Bei der Strafrechtsreform wollte man diese Rspr. zwar zurückdrängen; in den Beratungen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform konnte man sich aber letzten Endes doch nicht dazu verstehen, ihr ganz den Boden zu entziehen. Deshalb wurde ganz bewußt³ die klare Formulierung des § 28 Abs. 1 E 1958 ("Als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst a u s f ü h r t ") durch eine dehnbarere Fassung ersetzt, die für Ausnahmen zugänglich sein soll (§ 25 Abs. 1 des 2. StrRG: "Als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst b e g e h t .")

Wenn man sich nun die Fälle einmal ansieht, in denen die Rspr. bereit war, trotz eigenhändiger Vornahme der gesamten Ausführungshandlung auf bloße Beihilfe zu erkennen, so war das fast durchwegs eine ganz charakteristische Gruppe von Fällen. Es waren dies ihs. Fälle, in denen der Betroffene als Soldat, Angehöriger der Polizei, der SS und SA oder des Geheimdienstes Befehle vorgesetzter Stellen aus-

-
- 1) Etwa Müller-Emmert S. 1825 Sp. 2; Mezger-Blei AT S. 261; Roxin S. 601 ff; Schroeder ROW 1964/103 - 106
- 2) Z. B. Müller-Emmert S. 1824 Sp. 2; Schroeder ROW 1964/106 und Sax JZ 1963/329 Sp. 1
- 3) Vgl. oben S. 50 Anm. 1

führte¹. Wenn man in derartigen Fällen die Möglichkeit einer Strafmilderung gewahrt wissen will, so braucht man nur dem obigen Vorschlag einen entsprechenden Passus anzufügen. Man denke sich etwa folgenden Satz 3: "Strafmilderung kann (muß) auch denjenigen Beteiligten gewährt werden, die als Angehörige einer militärisch oder ähnlich gegliederten staatlichen oder staatlich unterstützten Organisation auf Befehl vorgesetzter Stellen handeln."

Mit diesem Satz 3 könnte man diesen Sonderfällen gerecht werden. Von diesen, doch nicht allzu häufig vorkommenden Sachverhalten abgesehen, bliebe es bei Satz 2 Nr. 1, wonach es für Beteiligte, die die gesamte Ausführungshandlung eigenhändig vorgenommen haben, keine Strafmilderung gibt. Sofern sich also nicht irgendwelche Anhaltspunkte für einen Fall des Satzes 3 ergeben, könnten bei dieser Regelung nicht mehr die geringsten Zweifel darüber bestehen, daß es für Personen, die die gesamte Tatausführung eigenhändig vorgenommen haben, keine Strafmilderung in Betracht kommt. Das brächte der Praxis die nötige Rechtssicherheit. Bei der Masse dieser Fälle bräuchte man über die Strafmilderung kaum ein Wort zu verlieren; ein kurzer Hinweis auf Satz 2 Nr. 1 würde genügen. Angesichts der Einheits-täterlösung könnten aber auch keine dogmatischen Schwierigkeiten mehr bestehen. Die Strafmilderung trotz voller eigenhändiger Tatausführung nach S. 3 wäre unbedenklich, weil die Frage der Strafmilderung angesichts der Ein-

1) OGHSt 1/102; BayObLG 1951/183; BGH MDR 1951/273 (bei Dallinger); BGH NJW 1951/323; BGH NJW 1954/1375 Sp. 1; BGHSt 8/397; BGH 1 StR 179/61 (zit. nach BGHSt 18/90); BGHSt 18/89 und die neuesten Entscheidungen 1 StR 457/62; 5 StR 432/63 und 4 StR 37/67 (zit. nach Dreher, Anm. 1 A vor § 47); anders nur BGH VRS 23/209 und 24/188 (Verkehrssachen); BGHSt 8/73 (Fall eines Bandenschmuggels) und RGSt 74/85 (Badewannenfall: Nach der geltenden Fassung des § 211 bzw. nach § 135 Abs. 2 S. 2 E 62 fiel dieser Fall ohnehin nur noch unter den Totschlagsparagrafen. Es wäre daher nicht mehr nötig, in derartigen Fällen statt Täterschaft bloße Beihilfe anzunehmen, um die Todesstrafe oder eine lebenslängliche Verurteilung zu vermeiden.)

heitstäterlösung nichts mehr mit dem Problem der Täterschaft und Tatbestandsmäßigkeit zu tun hat.

dd) Bei einer weiteren Betrachtung des obigen Vorschlags ist festzustellen, daß das bloße Interesse eines Mitwirkenden am Erfolg der Straftat die Strafmilderung nicht ausschließen würde. Nun ist man sich zwar einig, daß das bloße Fehlen eines Erfolgsinteresses kein ausreichender Grund dafür ist, Strafmilderung zu gewähren. Selbst das sog. Badewannenurteil (RGSt 74/85) und Baumann¹, die in der Betonung des Interesses wohl am weitesten gehen, wollen bei fehlendem Erfolgsinteresse nicht in jedem Falle Beihilfe annehmen und somit die Möglichkeit der Strafmilderung eröffnen.

Es wäre aber immerhin denkbar, daß das Tatinteresse so bedeutsam ist, daß bei seinem Vorhandensein eine Strafmilderung in jedem Falle unangebracht erscheint. So ist nach Baumann ein am Erfolg interessierter Beteiligter immer Mittäter². Beihilfe - d. h. Strafmilderung - kommt für ihn daher nur dann in Betracht, wenn ein Erfolgsinteresse fehlt. Die Rspr. legt sich nicht so eindeutig fest; aber auch sie mißt dem Erfolgsinteresse für die Strafabstufung erhebliches Gewicht bei, denn sie erklärt das Tatinteresse zu einem wichtigen Faktor für die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Beihilfe³. Dagegen pflegen die Anhänger der Tatherrschaftslehre dem bloßen Erfolgsinteresse, das sich nicht irgendwie in der Intensität der Mitwirkung widerspiegelt, jegliche Bedeutung abzusprechen⁴.

Angesichts derart konträrer Auffassungen wäre es interessant zu wissen, welche Bedeutung der Gesetzgeber dem Er-

1) JuS 1963/90 Sp. 1, Leitsatz 5

2) Wie Anm. 1

3) Vor allem BGHSt 18/95; 16/14 und 6/229; zurückhaltender BGHSt 8/396

4) Vgl. etwa Welzel, Strafrecht S. 109/110 oder Maurach AT S. 557; aber auch Cass. 16-6-1950, Giust.Pen. 1951 II 1108 (Crucianelli)

folgsinteresse für die Strafabstufung bei der Beteiligung zuerkennt. Das 2. StrRG, ibs. die §§ 25 Abs. 2 und 27, enthalten hierzu jedoch keine klare Aussage. Durch die obige Vorschrift ließe sich diese Wertungsfrage dagegen ohne weiteres klären. Wollte der Gesetzgeber etwa der Linie Baumanns folgen, so müßte man der Vorschrift in Satz 2 eine Nummer 5 anfügen, der diejenigen Beteiligten, denen der Erfolg der Straftat zugute kommt, von der Strafmilderung ausschließt.

ee) Die vorstehenden Erwägungen, die nur einige besonders markante Punkte gestreift haben, zeigen einmal mehr, wie fragwürdig es ist, die Strafmilderung bei der Beteiligung anhand der Unterscheidung zwischen Täterschaft und Beihilfe vorzunehmen. Die obigen Beispiele beweisen, wieviel der Gesetzgeber ungeklärt läßt, wenn er für die Beihilfe eine Strafmilderung normiert. Der Begriff "Beihilfe" hat - so wie er derzeit gehandhabt wird - eben nur vage Konturen. Wenn man ihm aber präzise Umrisse zu geben versucht und etwa bei vollständiger oder teilweise eigenhändiger Tatausführung "Beihilfe" ausschließt, läuft man Gefahr, daß der Beihilfebegriff zu eng wird und in manchen Fällen minderer Strafwürdigkeit keine Strafmilderung mehr erlaubt. Das aber verbietet sich aus Gründen der materiellen Gerechtigkeit. Die Beratungen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform haben das nur zu deutlich gezeigt. Um den Richter nicht zu ungerechten Bestrafungen zu zwingen, beläßt man es bei einem vagen Beihilfebegriff. In manchen Fällen - so etwa im Hinblick auf das Erfolgsinteresse - ist der Begriff "Beihilfe" wenig ergiebig. Anhand dieses Begriffes läßt sich somit nicht klar entscheiden, welche Umstände für die Strafabstufung nun eigentlich relevant sind bzw. in welchem Maße. Wenn der Gesetzgeber also zur Strafabstufung bei der Beteiligung den Begriff "Beihilfe" verwendet, so trifft er damit weitgehend gar keine echte Entscheidung über die Strafabstufung, sondern überläßt diese dem Richter, weil das Abstufungskriterium "Beihilfe"

viel zu wenig Konturen besitzt¹.

Wenn man weiß, daß das zur Strafabstufung verwandte Kriterium weitgehend durch eine Gesamtbetrachtung ermittelt wird, dann liegt die Schlußfolgerung nahe, daß man wohl kaum zu brauchbaren Ergebnissen kommen wird, wenn man zur Differenzierung der Strafraumen nur ein einziges Kriterium hat. Wenn es überhaupt nötig ist, bei der Beteiligung verschiedene Strafraumen zu normieren², dann muß man zur Erzielung strafwürdigkeitgerechter und zugleich klarer Resultate die für die Wertung der Beteiligung maßgeblichen Umstände nennen und hinsichtlich ihrer Bedeutung gesetzlich festlegen, so etwa, wie es der obige Vorschlag auf S. 249 versucht.

In zwei Punkten also eröffnet die Einheitstäterlösung gegenüber der traditionellen Regelung der Beteiligung neue Möglichkeiten. Sie hält zunächst einmal das Täter- bzw. Tatbestandsproblem getrennt von dem Problem der Strafabstufung und beseitigt schon damit eine Quelle von Spannungen. Durch die Isolierung dieser beiden Probleme entfällt dann auch der Zwang, die Strafabstufung anhand eines einzigen Kriteriums (Tatherrschaft oder animus) vorzunehmen. Anstelle dieses einen Kriteriums, das entweder zu einseitig oder zu vage ist, um brauchbare Ergebnisse zu verbürgen, kann der Gesetzgeber mehrere Kriterien nebeneinander entscheidend sein lassen. Auf diese Weise kann er weit besser seine Wertung deutlich machen und gleichzeitig auch für klare und strafwürdigkeitgerechte Resultate sorgen.

c) Die Besonderheit des italienischen StGB.

Diese neuen Möglichkeiten lassen sich jedoch nicht nur mit dem Einheitstäterbegriff erreichen. Man kann diese Vorteile

-
- 1) Das zeigt einmal mehr, auf welch fragwürdigen Prämissen der unter F II 4 vorgetragene Einwand beruht.
 - 2) Nach welchen Grundsätzen diese Frage zu entscheiden ist, ist oben F III 1 a behandelt.

auch wahrnehmen, wenn man zwischen Tätern und Teilnehmern unterscheidet. Allerdings muß man dazu die Bedeutung der Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme auf das Tatbestandsproblem beschränken. In diese Richtung geht ihs. der Codice penale. Während bei uns die Teilnahmevorschriften den Bereich der Strafbarkeit über die Tatbestände des BT hinaus ausdehnen und außerdem noch zur Abstufung der Strafrahen dienen (§§ 49 und 50 Abs. 2 n.F.), hat in Italien die Unterscheidung zwischen Tätern und Teilnehmern für die Abstufung der Strafrahen keine Bedeutung.

Dort ergibt sich folgendes Bild: Entsprechend dem grundsätzlich formal-objektiven Täterbegriff der Rspr. und h. L. fallen unter die Tatbestände des BT nur die Ausführenden¹. (Die Spezialvorschrift des Art. 48 legt die Verantwortlichkeit des Veranlassers unvorsätzlicher Tatausführung fest.) Die Teilnahmevorschrift des Art. 110 dehnt alsdann den Bereich des Strafbaren auf die von den Tatbeständen des BT nicht erfaßten Beteiligten aus und unterstellt auch sie dem Strafrahen des BT. Hierin erschöpft sich ihre Bedeutung. Die in den Art. 111, 112 Abs. 1 Nr. 1 - 4 und 114 Abs. 1 und 3 normierten Abstufungen des Strafrahens richten sich nicht nach der Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme. Daher ist z. B. der Organisator des Art. 112 Abs. 1 Nr. 2 - soweit er nicht selbst Ausführungshandlungen vorgenommen hat - nur Teilnehmer, unterliegt aber trotzdem dem erhöhten Strafrahen dieser Vorschrift. Ob diese Trennung des Tatbestands- bzw. Täterproblems vom Abstufungsproblem die Frucht einer bewußten Entscheidung der Gesetzesverfasser war, ist allerdings nicht ganz klar².

1) Zur Rspr. vgl. oben C III 3 b (S.129), zur h. L. vgl. oben C III 2 d

2) Pedrazzi S. 113 Anm. 26

Eines aber ist klar: Da die Differenzierung zwischen Täterschaft und Teilnahme für die Abstufung der Strafraumen keine Bedeutung hat, ist die Frage nach dem Täterbegriff in Italien von weit geringerer praktischer Bedeutung als bei uns. Das dürfte auch der Grund dafür sein, daß man in Italien der Frage des Täterbegriffs weit weniger Interesse entgegenbringt als in Deutschland. Hinzu kommt, daß im italienischen Recht viele Probleme, die bei uns nur mit Hilfe der mittelbaren Täterschaft gelöst werden können und daher eine präzise Stellungnahme zum Täterbegriff erzwingen, spezialgesetzlich geregelt sind oder sich wegen einer anderen Ausformung der Tatbestände gar nicht erst stellen¹.

Was schließlich die Abstufung betrifft, so erfolgt diese nicht nur auf Grund eines einzigen Kriteriums wie im deutschen Recht. Der Codice penale normiert hierfür vielmehr eine ganze Reihe von Kriterien, die unabhängig voneinander praktiziert werden. Diese Regelung hat sich bewährt; keiner der bisherigen Entwürfe hat versucht, das

-
- 1) Erinnert sei vor allem an Art. 48, der den Veranlasser unvorsätzlicher Tatausführung erfassen hilft. Über Art. 48. werden aber anscheinend auch die Fälle gelöst, in denen bei uns mittelbare Täterschaft mit Hilfe eines rechtmäßig handelnden Tatmittlers angenommen wird. Dazu ein Beispiel aus der Rspr.: Ein Arzt erklärte gegenüber den Sicherheitsbehörden eine angeblich zu seinen Patienten gehörige Frau böswilligerweise für geisteskrank und plötzlich akut gemeingefährlich, worauf die Behörden die Frau im Eilverfahren in eine Heilanstalt steckten. Cass. 10-6-1963, Riv. pen. 1964 II 67 (Berloco), bestrafte den verleumderischen Arzt gemäß Art. 48 als mittelbaren Täter einer Freiheitsberaubung, ohne allerdings auf die im deutschen Recht erörterte Problematik einzugehen. Weitere Spezialbestimmungen zu Fällen, die bei uns mit Hilfe der mittelbaren Täterschaft gelöst werden, finden sich u. a. in den Art. 579 Abs. 3, 580 Abs. 2 S. 2 und 611. Auch die mittelbare Täterschaft mittels eines "dolosen Werkzeugs" spielt nach dem Codice penale keine Rolle, weil die fraglichen Tatbestände so ausgeformt sind, daß diese "Werkzeuge" Täter sind. So genügt für den Diebstahl nach Art. 624 die Aneignung zu eigenem oder fremdem Vorteil. Vgl. ferner die Art. 648, 646, 644, 628, 627 und 482.

System der Art. 110 bis 114 hierin irgendwie anzutasten¹.

IV. Ist es bedenklich, daß die Unterscheidung zwischen
Anstiftung und Veranlassung entfällt?

Neben vielen anderen Einwänden gegen die Einheitstäterlösung trägt Gallas² auch vor, daß diese Lösung mit einer bedenklichen Vergrößerung der gesetzlichen Wertmaßstäbe verbunden sei. Er befürchtet das ibs. für die Anstiftung. Diese wird - wie Gallas richtig erkennt - zur intellektuellen Urheberschaft; der Unterschied zwischen der Anstiftung zu vorsätzlicher Tat und der Veranlassung unvorsätzlicher Tat wird nicht mehr erfaßt. Gallas behauptet jedoch, daß zwischen diesen beiden Formen intellektueller Urheberschaft ein wesentlicher Unterschied im Unrechtsgehalt bestehe. Sollte diese Behauptung zutreffen, so ergäben sich hieraus Bedenken gegen die Einheitstäterlösung.

Zum Beweis dafür, daß die Anstiftung zu vorsätzlicher Tat größeres Unrecht darstelle als die Veranlassung unvorsätzlicher Tat, beruft sich Gallas auf den Unterschied zwischen der Anstiftung zum Meineid und der Veranlassung zum Falscheid sowie auf den Unterschied zwischen der Anstiftung zur Falschbeurkundung im Amt und der mittelbaren Falschbeurkundung. In seinem Referat vor der Großen Strafrechtskommission erklärte er, auch der Gesetzgeber habe diese Wertunterschiede zwischen Anstiftung und Veranlas-

1) Art. 88, 90 und 91 iE 1949/1950; der iE 1956 wollte an den Art. 110, 111 und 112 überhaupt keine und an Art. 114 keine grundsätzliche Korrektur vornehmen (Art. 114 i. d. F. d. E, S. 134); Art. 33 iE 68. Auch in der Literatur wird die Regelung der Art. 110 - 114 günstig beurteilt (Bettiol S. 527/528 und Pedrazzi S. 112).

Die meisten Schwierigkeiten macht davon noch Art. 114 Abs. 1. Das liegt an dem Begriff der "minima importanza" (ganz geringe Bedeutung). Solch werthaltigen Begriffen fehlt es immer an hoher Präzision. Es sei jedoch darauf hingewiesen, daß die in dieser Arbeit auf S. 249 aufgeführte Abstufungsnorm ohne derart werthaltige Begriffe auskommt.

2) Mat. I S. 144 und 145

sung durch ganz erhebliche Unterschiede in den Strafdrohungen anerkannt¹. Er konnte sich dabei darauf stützen, daß der Strafraumen für die Anstiftung zum Meineid von 6 Monaten Gefängnis (§§ 154 Abs. 2/48) bis zu 15 Jahren Zuchthaus (§ 154 Abs. 1/48) reichte, wogegen für die Veranlassung zum Falscheid (§ 160) überhaupt keine Strafuntergrenze vorgesehen war und das Strafmaximum nur 2 Jahre Gefängnis betrug. Dasselbe Bild - wenn auch nicht ganz so kraß - ergab sich bei den Urkundsdelikten. Hier drohte dem Anstifter mindestens 1 Monat Gefängnis (§§ 348 Abs. 1/48), während für die Veranlassung keine Strafuntergrenze bestand (§§ 271/272 Abs. 2). Auch hinsichtlich des Strafmaximums war der Anstifter schlechter gestellt; er mußte im Höchstfall mit 15 Jahren Zuchthaus rechnen (§ 348 Abs. 4/48), der Veranlasser dagegen allenfalls mit 10 Jahren (§ 272 Abs. 1). Diese Strafdrohungen haben sich durch das EGOWiG und das 1. StrRG inzwischen zwar etwas geändert; im Prinzip ist es aber immer noch so, daß für den Anstifter härtere Strafdrohungen gelten.

Diese Diskrepanzen in den Strafdrohungen gegen den Anstifter bzw. den Veranlasser sind allerdings nur dann ein Beweis für den Einwand von Gallas, wenn sie darauf zurückzuführen sind, daß bei der Anstiftung ein vorsätzlich Handelnder die Tat ausführt, während bei der Veranlassung nur ein unvorsätzlich Handelnder am Werk ist. Es fragt sich daher, ob sich diese Unterschiede nicht vielleicht auch anders erklären lassen. Bei § 154 und 348 Abs. 1 handelt es sich um Delikte mit strafbegründenden besonderen persönlichen Merkmalen, Delikte, die gerade deshalb mit so schwerer Strafe bedroht sind, weil der Schwörende bzw. der Beamte Träger des besonderen persönlichen Merkmals ist. Gleichwohl traf früher auch denjenigen Anstifter, der dieses Merkmal nicht hatte, die auf den qualifizierten Täter zugeschnittene Strafdrohung, da nach § 50 Abs. 2 a.F. bei Delikten mit straf b e g r ü n d e n d e n besonderen persönlichen Merkmalen uneingeschränkt das Akzessorie-tätsprinzip galt. Diese Gleichstellung des nichtqualifizierten An-

1) Nschr. Bd. 2 S. 69

stifters mit dem qualifizierten Täter führte zu "unangewogenen Strafdrohungen"¹ und galt daher schon seit dem E 1913 als reformbedürftig. Der neue § 50 Abs. 2 beseitigt nunmehr immerhin die bisherigen hohen Strafuntergrenzen für den nichtqualifizierten Anstifter, aber erst § 28 des 2. StrRG setzt in Verbindung mit seinem § 49 Abs. 1 sowohl die Strafober- als auch die Strafuntergrenzen herab. Dieser Forderung der materiellen Gerechtigkeit, den Nichtqualifizierten entscheidend zu privilegieren, entsprechen die §§ 160 und 271 bereits *de lege lata*. Wenn den Veranlassern eines Falscheids bzw. einer Falschbeurkundung mildere Strafen drohen als den Anstiftern zu einem Falscheid bzw. Falschbeurkundung, so muß das keineswegs seinen Grund unbedingt darin haben, daß bei §§ 160 und 271 lediglich ein unvorsätzlich Handelnder zur Tat verleitet wird; der Grund für die mildere Behandlung kann sehr wohl auch die Privilegierung nichtqualifizierter Personen sein.

Ein weiterer Grund für die Unterschiede im Strafrahmen für die Anstiftung bzw. für die Veranlassung könnte die heute wohl überholte sakrale Auffassung des Eides sein². Gerade hier nämlich sind die Diskrepanzen in den Strafdrohungen besonders kraß. Wenn der Meineid eine Selbstverfluchung darstellt und gar nicht in erster Linie einen Angriff auf die Rechtspflege, wie es moderner Auffassung entspricht³, dann ist die Anstiftung zum Meineid eine Anstiftung zur Selbstverfluchung und deshalb natürlich etwas weit Schlimmeres als die Veranlassung eines Falscheids, bei der der Schwörende kein Sakrileg begeht.

Der E 62 berücksichtigt diese beiden Gesichtspunkte. Es ist daher recht interessant, welche Strafdrohungen er

1) Amtl. Begr. z. E 62, S. 152 Sp. 2

2) Das deutet auch BGHSt 21/117 an

3) GrSen BGHSt 8/309; Amtl. Begr. z. E 62 S. 615 Sp. 1

für die Anstiftung bzw. für die Veranlassung vorsieht.

1. Anstiftung und Veranlassung bei den Aussagedelikten

a) eidliche Falschaussage

aa) Anstiftung (§§ 432 Abs. 1, 30, 33 Abs. 1, 64 Abs. 1 Nr. 3 S. 2): Gefängnis von 3 Monaten bis zu 7 1/2 Jahren

bb) Veranlassung (§ 436 Abs. 1 Nr. 1): Gefängnis von 3 Monaten bis zu 5 Jahren

b) uneidliche Falschaussage

aa) Anstiftung (§§ 431, 30, 33 Abs. 1, 64 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 und Nr. 3 S. 1, 46): Gefängnis von 1 Monat bis zu 3 Jahren 9 Monate

bb) Veranlassung (§ 436 Abs. 1 Nr. 2, 46 Abs. 1): Gefängnis von 1 Monat bis zu 3 Jahren

c) falsche Versicherung an Eides Statt

aa) Anstiftung (§§ 434, 30, 33 Abs. 1, 64 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 und Nr. 5): Strafhaft oder Gefängnis bis zu 1 1/2 Jahren

bb) Veranlassung (§ 436 Abs. 1 Nr. 3): Strafhaft oder Gefängnis bis zu 1 Jahr

2. Anstiftung und Veranlassung bei den Urkundsdelikten

a) einfache Falschbeurkundung

aa) Anstiftung (§§ 307 Abs. 1, 30, 33 Abs. 1, 64 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 und Nr. 5): Strafhaft oder Gefängnis bis zu 3 Jahren 9 Monate

bb) Veranlassung (§ 307 Abs. 2): Strafhaft oder Gefängnis bis zu 3 Jahren

b) besonders schwere Falschbeurkundung

aa) Anstiftung (§§ 307 Abs. 1, 308 Abs. 1, 30, 33 Abs. 1, 64 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 und Nr. 3 S. 1): Gefängnis von 1 Monat bis zu 7 1/2 Jahren

bb) Veranlassung (§§ 307 Abs. 2, 308 Abs. 1): Gefängnis von 6 Monaten bis zu 10 Jahren

Aus dieser Gegenüberstellung ergibt sich, daß die Strafuntergrenze für die Anstiftung und die Veranlassung jeweils gleich ist, abgesehen von der besonders schweren Falschbeurkundung, wo die Strafuntergrenze für den Veranlasser gleich um das Sechsfache höher ist als für den Anstifter. Die Strafobergrenze dagegen liegt im allgemeinen für die Anstiftung etwas höher, wiederum mit Ausnahme des § 308 Abs. 1, wo dem Veranlasser eine etwas härtere Strafe droht.

Insgesamt kann man sagen, daß der E 62 die Strafdrohungen für beide Fälle der intellektuellen Urheberchaft wesentlich nivelliert. Besonders interessant ist dabei, daß er die Strafdrohungen für die Veranlassung zur Falschaussage und Falschbeurkundung gegenüber dem geltenden Recht nicht unbeträchtlich anhebt, während er sie doch sonst - und zwar gerade auch für die Anstiftung zu den Aussage- und Urkundsdelikten - fast durchwegs abschwächt. Daß diese Nivellierung nicht zufällig ist, ergibt sich aus der Amtlichen Begründung zum E 62. Dort wird darauf hingewiesen, daß die Rechtssicherheit und die Beweisergebnisse durch gutgläubig erstattete Falschaussagen nicht weniger gefährdet werden als durch bewußt falsche Angaben¹. Somit kann es nach dem E 62 bei der Bewertung von Anstiftung und Veranlassung keine große Rolle spielen, ob die Aussageperson gut- oder bösgläubig handelte. Gallas hat zwar in der Großen Strafrechtskommission darauf gedrängt, die

1) S. 619 Sp. 1. Das stellt vor allem auch BGHSt 21/117 und 118 heraus.

Strafandrohnngen für die Anstiftung "ganz deutlich" von denen für die bloße Veranlassung abzuheben¹. Er konnte sich mit seinen Vorstellungen in der darauffolgenden Abstimmung jedoch nicht durchsetzen; ibs. die Praktiker unter den Kommissionsmitgliedern versagten ihm die Gefolgschaft².

Einen besonderen Fall der Veranlassung eines unvorsätzlich Handelnden regelt § 32 E 62³. Hier glaubt der Hintermann irrtümlich, der Ausführende werde vorsätzlich handeln. Da der Ausführende in Wahrheit aber unvorsätzlich handelt, ist der Hintermann letztlich doch nur Veranlasser. Gleichwohl stellt ihn § 32 E 62 der Strafhöhe nach dem Anstifter gleich.

Dieser Überblick über die Strafandrohnngen für die Anstiftung bzw. für die Veranlassung dürfte zeigen, daß die nach geltendem Recht bestehenden Strafandrohnngsdiskrepanzen keinesfalls allein auf einen unterschiedlichen Unrechtsgehalt zwischen Anstiftung und Veranlassung zurückgeführt werden können. Die Tatsache, daß im E 62 die Strafandrohnngen einander weitgehend angeglichen sind, deutet eher darauf hin, daß ein Unterschied überhaupt nicht besteht. Das war offensichtlich auch die Auffassung der Mehrheit der Mitglieder der Großen Strafrechtskommission. Soweit aber im E 62 noch Differenzen hinsichtlich der Strafandrohnngen bestehen - mit Ausnahme des § 308 Abs. 1 ist das Strafmaximum für die Anstiftung höher -, ist fraglich, inwieweit dies nicht auf Zufälligkeiten der Gesetzestech-nik, ibs. der allgemeinen Milderungsvorschrift des § 64 Abs. 1, zurückzuführen ist. Auch ein gewisses Trägheitsmoment scheint hier mitzuwirken. Während bei den Aussagedelikten (§§ 431 ff E 62) die Strafobergrenze für die Anstiftung noch durchwegs höher ist als für die Veranlassung - wenn

1) Nschr. Bd. 7 S. 253/254

2) Nschr. Bd. 7 S. 254

3) § 32 E 62 wurde allerdings nicht in das 2. StrRG übernommen.

auch nicht mehr so kraß wie im geltenden Recht -, droht dem Veranlasser einer besonders schweren Falschbeurkundung eine wesentlich höhere Strafe als dem Anstifter, und zwar sowohl was die Strafunter- als auch was die Strafobergrenze angeht. Die qualifizierte mittelbare Falschbeurkundung war aber schon z. Z. der Abfassung des E 62 mit schwerer Strafe - Zuchthaus - bedroht (§ 272 Abs. 1 a. F.).

Wir wollen jetzt aber von den Kodifikationen absehen und uns einmal grundsätzlich fragen, weshalb die Anstiftung eines vorsätzlich Handelnden größeres Unrecht beinhalten könnte als die Veranlassung eines unvorsätzlich Handelnden. Gallas sieht den Grund hierfür zum einen in der verbrecherischen Energie, die der Anstifter zur Überwindung des Widerstandes aufwenden müsse, den ein verantwortlich Handelnder normalerweise der Verleitung zur Tat entgegensetze¹. Vor allem liege der gesteigerte Unwertgehalt der Anstiftung aber darin, daß der Anstifter den Täter in Schuld und Strafe führe, was der Veranlasser nicht tue². Diesem Gedanken der Korruption wird jedoch in letzter Zeit nicht mehr so viel Bedeutung beigemessen wie früher³. Es wird darauf hingewiesen, daß eine Korruptionierung des vielfach schon längst korrupten Täters oft gar nicht mehr möglich bzw. nötig sei. In jedem Falle aber sei der Täter, der sich zur Ausführung eines Verbrechens entschließe und somit zum Verbrecher werde, in erster Linie dafür selbst verantwortlich. Der italienische Codice penale geht in seinem Art. 111 sogar so weit, daß er für gewisse Fälle der Verleitung von Personen, die der Verführung überhaupt nicht fähig sind (Schuldunfähige), einen schärferen Strafraum vorschreibt. Das zeigt, daß die Korrup-

1) Mat. I S. 148 Anm. 76

2) Mat. I S. 147

3) Vgl. Schönke-Schröder, Anm. 100 vor § 47 und die Begründung zu § 28 Abs. 2 AE.

tion anderer Beteiligten kein überragender Unrechtsfaktor sein kann. Es fragt sich daher, ob die Korruption bei der Anstiftung nicht durch andere Unwertfaktoren bei der Veranlassung aufgewogen wird.

Es ist nicht zu übersehen, daß der Veranlasser unvorsätzlicher Tat das deliktische Geschehen weit mehr in der Hand hat als der Anstifter. Dieses Moment rückt den Veranlasser - wie selbst Gallas zugibt - in die Nähe der Täterschaft i. eng. S. Dieser Umstand wirkt sicherlich nicht unwertmindernd; schließlich lastet auf dem Veranlasser, der die Dinge überschaut und lenkt, die ganze Verantwortung für den Geschehensablauf, während der Anstifter die Ausführung des Verbrechens in die Hand des Täters legen muß. Wenn der Veranlasser den Veranlaßten auch nicht korrumpiert, so mißbraucht er ihn doch. Abgesehen von der Unverfrorenheit, einen Gutgläubigen für seine verbrecherischen Ziele zu benutzen, verstrickt er den Ahnungslosen in eine riskante Situation, indem er ihn der Notwehr des Angegriffenen aussetzt und ihn in die Gefahr bringt, daß sich Polizei, Staatsanwalt und Strafrichter für ihn interessieren. Baldus sieht hierin zu Recht ein zusätzliches Unwertelement¹. Der Verfasser meint daher, daß diese Unwertfaktoren die mangelnde Korruption bei der Veranlassung in etwa aufwiegen. Für ihn ist somit nicht ersichtlich, daß die Einheitstäterlösung durch die mangelnde Differenzierung zwischen Anstiftung und Veranlassung zwei Rechtsfiguren gleichschalten würde, die unterschiedlichen Unrechtsgehalt aufwiesen.

V. Trägt die Einheitstäterlösung dazu bei, das Strafrecht unvolkstümlich zu machen?

Die Einheitstäterlösung zeichnet sich dadurch aus, daß die gesetzliche Differenzierung zwischen Täterschaft, Anstif-

1) Nschr. Bd. 7 S. 254

tung und Beihilfe wegfällt. Diese Täter, Anstifter und Gehilfen werden alle zu "Tätern"; sie werden - wie oben unter D VI dargelegt wurde - allerdings nur zu Tätern im juristischen, nicht auch im volkstümlichen Sinne. Deshalb heißt es vielfach, daß es sich schon von daher verbiete, die bisherigen Täter, Anstifter und Gehilfen nunmehr allesamt "als Täter" zu verurteilen. Dem Durchschnittsbürger seien derartige Urteilssprüche unverständlich. Er würde durch sie auch zu ganz falschen Vorstellungen verleitet. Aber auch angesichts der Einheitstäterlösung denkt niemand daran, die bisherigen Täter, Anstifter und Gehilfen allesamt "als Täter" zu verurteilen. Entsprechend der Terminologie des § 9 Abs. 1 OWiG und der §§ 11 ff öE 68 wird die Verurteilung vielmehr schlicht und einfach wegen "Beteiligung" erfolgen.

1. Leidet die Anschaulichkeit des Strafrechts?

Aber auch dieser undifferenzierte Begriff der "Beteiligung" oder "Mitwirkung" ist der Kritik ausgesetzt, und zwar gerade deshalb, weil er nicht mehr zwischen Täterschaft, Anstiftung und Beihilfe unterscheidet. Eben das gehe nicht an. Wenn der Gesetzgeber ein volkstümliches Strafrecht schaffen wolle, müsse er die realen Erscheinungsformen des Lebens beachten. Er habe daher selbst dann zwischen Täterschaft und Teilnahme zu unterscheiden, wenn sich hinsichtlich der Strafwürdigkeit keine Unterschiede ergeben würden¹. Orgelspielen sei eben - wie Frank² es so drastisch ausdrückt - etwas anderes als Bälgetreten.

Wenn man daran geht, diesen Einwand gegen den Einheits-täterbegriff zu prüfen, dann stellt sich die Frage, wor-

1) In diesem Sinne ibs. v. Dohnanyi S. 111; ferner Gallas Mat. I S. 144; Bolwien S. 35 Anm. 94; Jescheck Schw ZStr 71 (1956)/228; Schäfer (Nschr. Bd. 2 S. 75) und Dietz 1957 S. 110

2) Frank S. 13

auf dieses Bedürfnis nach einer näheren Kennzeichnung der Art der Beteiligung zurückzuführen ist, weshalb es eigentlich volkstümlicher ist, wegen "Anstiftung zum Mord" zu verurteilen als wegen "Beteiligung am Mord". Schon der Begründung des obigen Einwands ist zu entnehmen, daß es dabei nicht um den Unrechtsgehalt der fraglichen Beteiligungshandlungen gehen kann. Zur Wahrung der Volkstümlichkeit des Strafgesetzes wird eine Differenzierung der Beteiligungsformen nämlich selbst für den Fall gefordert, daß sämtliche Beteiligungsformen für gleich strafwürdig zu erachten wären. Der Hinweis auf die realen Erscheinungsformen des Lebens deutet darauf hin, daß es darum geht, die Tat des Angeklagten seiner äußeren Beschaffenheit nach schlagwortartig zu kennzeichnen¹. Eine nach § 48 ergehende Verurteilung "wegen Anstiftung zum Mord" z.B. sagt dem Publikum in einem Wort, weshalb der Verurteilte strafrechtlich zur Rechenschaft gezogen wird. Bei einer derartigen Verurteilung weiß jedermann, daß es sich bei dem Delinquenten um eine Person handelt, die in einem anderen den Vorsatz zur Tötung eines Dritten geweckt hat, einen Vorsatz, den der andere schließlich auch in die Tat umgesetzt hat. Eine solche Fassung des Urteils zeigt dem Volk, daß auch Leute, die Verbrechen anzetteln, die geistigen Urheber des Delikts, die Hintermänner, Verführer und Einflüsterer des Bösen, ihre gerechte Strafe erhalten. Die Bestrafung "wegen Anstiftung" macht dem Publikum aber auch klar, daß der Verurteilte nicht der Tatausführende war. Wird jemand "wegen Anstiftung zur Erregung öffentlichen Ärgernisses" (§§ 183/48) bestraft, so weiß das Publikum immerhin, daß es nicht der Verurteilte war, der sich exhibitionistisch betätigt hat. Diese erklärende und erläuternde Funktion kann ein Urteilspruch, der "wegen Beteiligung" oder "wegen Mitwirkung" ergeht, natürlich nicht erfüllen.

1) So auch Rittler, öProtokolle S. 878/879

Es fragt sich jedoch, ob die Einheitstäterlösung eine solche erklärende und erläuternde Urteilsfassung ausschließt. Im Tenor wird der Richter wohl nicht mehr von Tätern, Anstiftern und Gehilfen sprechen können. In der Urteilsformel werden nämlich die Begriffe der das Urteil tragenden Gesetze verwendet, so daß die bisherigen Beteiligungsformen dort nicht mehr erscheinen können. Das hindert den Richter aber nicht, in den Urteilsgründen von Tätern, Anstiftern und Gehilfen zu sprechen, wenn er sich hierdurch eine größere Anschaulichkeit des Urteils erhofft. Genauere Unterscheidungen dieser Beteiligungsformen erübrigen sich, da diese Begriffe ohnehin nicht im technischen Sinne gebraucht sind und juristisch keine weitere Bedeutung haben. Da die Bezeichnung der Delinquenten als Täter, Anstifter oder Gehilfen nichts daran ändert, daß alle Beteiligten tatbestandsmäßig handeln, wird auch die Einheitstäterschaft dadurch nicht berührt. So kann man also dem Bedürfnis nach einer gewissen Veranschaulichung der Mitwirkungsart Rechnung tragen, ohne daß die Differenzierung rechtliches Gewicht bekäme und einen dogmatischen Zankapfel bilden könnte. Die Literatur ist deshalb auch überwiegend der Auffassung, daß man auf diese Weise den Anforderungen der Volkstümlichkeit gerecht werden kann¹.

1) Rittler, öProtokolle S. 878; Hausner, öProtokolle S. 877; Zimmerl ZStrW 54 (1935)/577; v. Cramer StrAbh. 354/92; Ellger DJ 1935/218 Sp. 2; Klee DJ 1935/179; Manzini S. 508; Nuvolone S. 368

Es ist jedoch fraglich, ob sich hartnäckige Gegner der Einheitstäterlösung damit zufrieden geben werden. Sie werden darauf hinweisen, daß gerade die mangelnde Kennzeichnung der Beteiligungsform im **T e n o r** ein Verlust für die Anschaulichkeit des Strafrechts ist. Dem ist zunächst zu entgegnen, daß gerade der Tenor wegen der Nennung der Deliktsarten (Verbrechen, Vergehen) und vor allem der Konkurrenzformen ohnehin oft nur wenig anschaulich ist. In solchen Fällen kann auch die Kennzeichnung der konkreten Beteiligungsform die Anschaulichkeit der Urteilsformel nicht retten. Im übrigen wird man die Beteiligten zumindest im Strafrecht auch im Tenor näher bezeichnen können. Im Strafrecht wäre nämlich auch angesichts der Einheitstäterlösung zu erwarten, daß bei der Beteiligung verschiedene Strafraumen normiert würden¹. Man würde daher zur Charakterisierung der Beteiligten im Tenor auf die für die Strafraumenabstufung verwendeten Kriterien zurückgreifen können². Im Ordnungswidrigkeitenrecht, das keine Differenzierung der Strafraumen zuläßt, ist diese Möglichkeit allerdings nicht gegeben. Dort wird man aber auf eine nähere Kennzeichnung der Beteiligungsart von vornherein verzichten können. Im Hinblick auf den technischen Charakter dieses Rechtsgebiets dürfte hieran im Volk kein Interesse bestehen. Es ist daher nicht ersichtlich, daß die Anschaulichkeit des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts unter der Einheitstäterlösung leiden müßte.

1) Vgl. oben F III 1 c, ibs. S.240

2) Vgl. das Formulierungsbeispiel auf S. 249

2. Wird Wesensfremdes begrifflich gleich behandelt?

v. Dohnanyi¹ hält die Einheitstäterlösung noch aus einem anderen Grunde für unvolkstümlich. Er meint nämlich, daß Täterschaft und Teilnahme einander wesensfremd seien². Das Gesetz müsse sich jedoch davor hüten, Wesensfremdes begrifflich gleich zu behandeln, wenn es volkstümlich sein wolle. Da der Einheitstäterbegriff die Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme aufgebe, behandle er aber gerade Wesensfremdes begrifflich gleich; es sei daher für das Strafrecht, das volkstümlich sein solle, unbrauchbar.

Dieses Argument sticht allenfalls dann, wenn - wie v. Dohnanyi behauptet - Täterschaft und Teilnahme einander wirklich wesensfremd sind. Aufschlußreich für diese Frage ist die Behandlung der Fälle, in denen eine Person als Beteiligter eines Delikts feststeht, in denen aber nicht eindeutig geklärt werden kann, ob sie nun Täter oder Teilnehmer war. Die einen strafen den Beteiligten unter Anwendung des Satzes "in dubio pro reo" als Teilnehmer³. Diese Auffassung beruht auf der Prämisse, daß die Teilnahme die leichtere Deutung der nicht weiter aufklärbaren Art der Beteiligung ist. Diese Prämisse ist mit der These

1) S. 111; in dieselbe Richtung zielen wohl auch die Gedanken von Mezger (Strafrecht 1949 S. 410) und Serini (öProtokolle S. 868).

2) So jetzt auch BGH NJW 1970/669 Sp. 1: "wesensmäßiger Unterschied"

3) Schönke-Schröder Anm. 15 und Jagusch, Leipz. Komm. Anm. 3 zu § 2 b; Jescheck, Lehrbuch S. 103; BGH NJW 1970/668 und BayObLG NJW 1967/361

von der Wesensfremdheit von Täterschaft und Teilnahme unvereinbar; denn danach könnte die Teilnahme gegenüber der Täterschaft kein Minus, sondern nur ein aliud sein. - Die anderen gelangen zu einer Wahlfeststellung zwischen Täterschaft und Teilnahme¹. Das setzt aber nach allgemeiner Meinung die "rechtsethische und psychologische Gleichwertigkeit"² der beiden Beteiligungsformen voraus.

Täterschaft und Teilnahme wird man daher nicht als einander wesensfremd bezeichnen können³. Die These von der Wesensfremdheit ließe sich wohl auch nur von der Schuldteilnahmetheorie her halten, wonach der Strafgrund der Teilnahme nicht in der Verursachung einer Rechtsgutverletzung, sondern in der Verführung und Korrumpierung des Täters zu suchen ist; diese Theorie dürfte aber als überholt anzusehen sein⁴. Auf Grund der Einheitstätervorschrift wird deshalb nichts Wesensfremdes begrifflich gleich behandelt. Von daher sind demzufolge auch keine Gefahren für die Volkstümlichkeit des Strafrechts zu befürchten.

1) BGHSt 1/127; BGH bei Dallinger MDR 1953/21; Dreher, Anm. 3 B zu § 2 b; Baumann, Strafrecht S. 151; Petters-Preisendanz S. 77 und Fuchs NJW 1967/739

2) Großer Senat BGHSt 9/394

3) So ausdrücklich auch Pedrazzi S. 15, der von einer "omogeneità sostanziale" spricht.

4) Vgl. auch oben A II 1 h

Ergebnisse:

a) In der deutschen Teilnahmelehre verstummt nicht der Ruf nach einer wirklich klaren, einfachen und strafwürdigkeitsgerechten Regelung der Beteiligung. Andererseits stößt hier der Einheitstäterbegriff auf wenig Sympathie. Man neigt dazu, ihn mit lapidaren Behauptungen abzutun. Meist heißt es nur, er sei auf das Gefährlichkeitsstrafrecht hin zugeschnitten, verschiebe die Verantwortung vom Gesetzgeber auf den Richter, führe zu einer unververtretbaren Ausweitung der Strafbarkeit usw. Schon Geerds hat angesichts dieser Argumentationsweise den Verdacht geäußert, daß hier lediglich Pauschalurteile vorgetragen würden, hinter denen nichts stecke¹. Die vorliegende Arbeit bestätigt diesen Verdacht. Meist warnt man vor Folgen, die bei der Einheitstäterlösung in Wahrheit nicht zu befürchten sind². Zum Teil werden historische Reminiscenzen bemüht, die mit dieser Lösung im Grunde nichts zu tun haben³. Und zum Teil wird einfach das Wesen dieser Rechtsfigur nicht genügend beachtet, so daß die entsprechenden Angriffe letztlich ins Leere stoßen⁴.

Dieses mangelnde Verständnis für den Einheitstäterbegriff rührt sicherlich auch daher, daß es bei uns - vom E 1934 angefangen bis hin zum OWiG 1968 - noch nie gelungen ist, für diese Rechtsfigur eine wirklich überzeugende gesetzestechische Form zu finden. Vielfach wird nicht erfaßt, daß zur Einheitstäterschaft genauso wie zur restriktiven Täterschaft die bloße Beteiligung an der

1) GA 1965/218

2) Vgl. ibs. D IV, E III, IV und VI, sowie F III und V

3) Vgl. D I und F II

4) Vgl. etwa D VI

Straftat nicht genügt. Auch zur Einheitstäterschaft ist stets die Begehung der Straftat erforderlich; der Unterschied ist nur der, daß bei der Einheitstäterlösung zur Begehung der Straftat neben der eigenhändigen Vornahme der Ausführungshandlung auch schlichte Beiträge zur Ausführungshandlung ausreichen. § 11 öE 68 ist hierin recht exakt formuliert. Lediglich durch eine solche Formulierung wird deutlich, daß das Charakterische der Einheitstäterschaft darin besteht, daß sie neben der Täterschaft i. eng. S. auch die bisherige Teilnahme vertatbestandlicht.

b) Aus den Ausführungen unter A I ergibt sich, daß die herkömmliche Regelung kaum Fälle erfaßt, die nicht strafwürdig sind. Aber auch bei der Einheitstäterlösung läßt sich das Gesetz ohne weiteres so ausformen, daß keinen Unschuldigen Strafe trifft. Bei den Delikten mit strafbegründenden besonderen persönlichen Merkmalen tauchen allerdings gewisse Auslegungsfragen auf. Es gibt jedoch Möglichkeiten, diese Fragen, die z. T. nicht einmal neu sind, weitgehend zu entschärfen¹. Im übrigen hat die traditionelle Regelung bei diesen Delikten mit Problemen zu kämpfen, die wiederum der Einheitstäterlösung völlig unbekannt sind². Insgesamt wird man wohl kaum sagen können, daß die Einheitstäterlösung bei diesen Delikten schlechter abschneidet.

c) Unter A I zeigt sich ferner, daß die herkömmliche Regelung zahlreiche Strafrechtslücken aufweist. Diese verschwin-

1) Vgl. oben F I

2) Vgl. oben A I 1 a ee und 1 e bb

den - wie aus Abschnitt E II 1 bis 7 hervorgeht - bei der Einheitstäterlösung fast vollständig. Das ist das erste große Plus dieser Regelung.

d) Bei Irrtümern des Hintermannes über den Vorsatz usw. des Ausführenden (A I 2) vermeidet die Einheitstäterlösung nicht nur Lücken, sondern sorgt ibs. auch für einfache und klare Ergebnisse (E II 8). Wer sich demgegenüber die Konstruktionen und Auswege vor Augen hält, zu denen die herkömmliche Regelung Zuflucht nehmen muß, ohne damit aber in jedem Falle strafwürdigkeitsentsprechende Ergebnisse erzielen zu können, der weiß, daß hier ein weiteres wichtiges Plus der Einheitstäterlösung liegt.

e) Eines der leidigsten Kapitel der traditionellen Regelung ist die Strafmilderung in den Fällen der Beihilfe. Die hierfür so entscheidende Abgrenzung zwischen Täterschaft und Beihilfe liegt im Dunkeln, und eine überzeugende Lösung dieser Frage ist auch nicht in Sicht. Bei Annahme der Einheitstäterschaft ist der Täterbegriff nur noch für die Frage der Tatbestandlichkeit von Bedeutung. Auf diese Weise wird das Täter- bzw. Tatbestandsproblem von dem der Strafabstufung isoliert. Jede dieser beiden Fragen kann nunmehr nach den speziell sie betreffenden Notwendigkeiten gelöst werden.

f) Bei der Strafmilderung ist man dadurch ibs. nicht mehr gezwungen, mit einem einzigen Strafmilderungskriterium auszukommen, das zwangsläufig unpräzise sein muß, wenn es all den verschiedenen Strafwürdigkeitsaspekten gerecht werden soll. Der Gesetzgeber könnte klar zum Ausdruck bringen, welchen Kriterien er entscheidendes Gewicht beimißt. Angesichts des vagen Beihilfebegriffs ist die Normierung einer Strafmilderung für den Gehilfen doch weitgehend ein Blankoscheck des Gesetzgebers für den Richter. Es wäre schon

etwas gewonnen, wenn der Gesetzgeber wenigstens für besonders markante Fallgruppen eine eindeutige Entscheidung träfe. Es erweist sich also, daß der Einheitstäterbegriff auch für eine eventuelle Abstufung der Strafraumen neue Möglichkeiten eröffnet, die der herkömmlichen Regelung versperrt sind. Darin darf ein weiteres wichtiges Plus gesehen werden.

g) Die Einheitstäterlösung würde der nichtausführenden Täterschaft, ibs. der mittelbaren Täterschaft, endlich eine solide gesetzliche Grundlage geben. Die deutsche Strafrechtstheorie bemüht sich zwar darzutun, daß die mittelbare Täterschaft auch für den restriktiven Täterbegriff nichts Dubioses an sich habe. So klar und eindeutig ist diese Rechtsfigur hier aber wohl doch nicht; denn sonst hätte man den Versuch des § 28 Abs. 2 E 1956, ihre Voraussetzungen gesetzlich zu umschreiben, nicht aufzugeben brauchen. Der Einheitstäterlösung gebührt daher gerade auch unter rechtsstaatlichen Aspekten ein Plus.

h) Der Verfasser ist daher der Meinung, daß die Einheitstäterlösung der herkömmlichen Regelung der Beteiligung vorzuziehen ist, und zwar sowohl hinsichtlich des Strafrechts als auch hinsichtlich des Ordnungswidrigkeitenrechts. Wir haben im OWiG ein Gesetz, das den Einheitstäterbegriff verankert, sollen aber nach dem 2. StrRG ab 1973 ein Strafrecht erhalten, das die herkömmliche Regelung konserviert. Die Amtliche Begründung zum OWiG sucht diese Unterschiedlichkeit mit dem Hinweis zu rechtfertigen, daß nur die Besonderheiten des OWiG die Einführung des Einheitstäterbegriffes erlaubten¹. Das vermag schon deshalb nicht zu überzeugen, weil sich das OWiG hinsichtlich der meisten der gegenüber dem Einheitstäterbegriff vorgebrachten Ein-

1) S. 48 Sp. 1

wände gar nicht vom Strafrecht unterscheidet¹. Aber auch was die in der Amtlichen Begründung zum OWiG angeführten Besonderheiten dieses Rechtsgebietes anbelangt, so ergibt sich aus E IV und F II⁴, daß die entsprechenden Einwände durchaus auch auf die Rechtslage des OWiG abzielen. Was man auch immer über den Wert oder Unwert der Einheitstäterlösung denken mag, sollte doch eines wenigstens feststehen: Zwischen der Regelung des § 9 OWiG und der der §§ 25 ff des 2. StrRG besteht eine durch nichts wegzudiskutierende gesetzgeberische Diskrepanz. Das könnte und sollte der Anlaß sein, sich mit der Einheitstäterlösung einmal wirklich gründlich auseinanderzusetzen. Denn daß um den Einheitstäterbegriff bislang überhaupt ernsthaft gerungen worden wäre, kann - wie Armin Kaufmann² wohl zu Recht meint - niemand behaupten.

1) Vgl. D I, II, III, IV und VI, E III und VI, sowie F I, II, IV und V

2) ZStrW 80 (1968)/36; ganz ähnlich Kienapfel NJW 1970/1833 Sp. 1

Lebenslauf:

Am 13. 8. 1943 wurde ich als Sohn des Physikers Hans Detzer und seiner Ehefrau Gertrud, geb. Körner, in Neumarkt/Opf. geboren. Vom September 1949 bis Mai 1952 besuchte ich die Volksschule in Neumarkt, anschließend die Volksschule in Nürnberg. Im September 1953 trat ich in das dortige Realgymnasium ein, wo ich im Juni 1962 die Reifeprüfung ablegte.

Im November 1962 begann ich an der Universität Köln das Studium der Rechtswissenschaften. Nach 2 Semestern wechselte ich für weitere 2 Semester an die Universität München über und studierte die letzten 4 Semester in Erlangen, wo ich am 6. 12. 1966 die 1. juristische Staatsprüfung bestand.

Im Februar 1967 nahm ich als Rechtsreferendar im Bezirk des Oberlandesgerichts Nürnberg den Vorbereitungsdienst auf, den ich am 14. 9. 1971 mit dem 2. juristischen Staatsexamen abschloß. Dazwischen arbeitete ich vom Oktober 1967 bis September 1968 und im Mai/Juni 1970 am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg i. Br.

Seit 1. 10. 1971 studiere ich englisches Recht an der Universität London; daneben bin ich bei einem dortigen Rechtsanwalt beschäftigt.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Georg Schwalm, für die Übernahme und Betreuung der Arbeit. Ihm verdanke ich nicht nur die Anregung zu dieser Dissertation, sondern auch zahlreiche wertvolle, in persönlichen Gesprächen und in seinem Seminar errungene Einsichten. Daneben bin ich i. B. Herrn Prof. Nowakowski (Innsbruck) und Frau Johanna Bosch, Assistentin für italienisches Strafrecht am Max-Planck-Institut in Freiburg, zu Dank verpflichtet.

Offsetdruck-Fotodruck

J. Hogl, 8520 Erlangen Hauptstr. 109, (Nähe Martin-Luther-Platz) Tel. 22990